

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DES
CONTRATS PAR CORRESPONDANCE
EN GÉNÉRAL

HISTORIQUE — FORMATION — PREUVE
CORRESPONDANCE POSTALE, TÉLÉGRAPHIQUE
ET TÉLÉPHONIQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LA SALLE DES ACTES DE LA FACULTÉ

Le samedi 30 mai 1896, à trois heures et demie de l'après-midi

PAR

ANDRÉ DOLBEAU

AVOCAT PRÈS LA COUR D'APPEL DE CAEN

ATTACHÉ STAGIAIRE A LA PREMIÈRE PRÉSIDENTE DE LA COUR DES COMPTES

ANGERS

LACHÈSE & C^{ie}, IMPRIMEURS-LIBRAIRES

4, Chaussée Saint-Pierre, 4

1896

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DES
CONTRATS PAR CORRESPONDANCE
EN GÉNÉRAL

HISTORIQUE — FORMATION — PREUVE
CORRESPONDANCE POSTALE, TÉLÉGRAPHIQUE
ET TÉLÉPHONIQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LA SALLE DES ACTES DE LA FACULTÉ

Le samedi 30 mai 1896, à trois heures et demie de l'après-midi

PAR

ANDRÉ DOLBEAU

AVOCAT PRÈS LA COUR D'APPEL DE CAEN

ATTACHÉ STAGIAIRE A LA PREMIÈRE PRÉSIDENTE DE LA COUR DES COMPTES

ANGERS

LACHÈSE & C^{ie}, IMPRIMEURS-LIBRAIRES

4, Chaussée Saint-Pierre, 4

1896

A MONSIEUR GUILLOUARD

AVOCAT

PROFESSEUR DE CODE CIVIL A LA FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

HOMMAGE DE PROFONDE RECONNAISSANCE ET DE
DÉVOUEMENT RESPECTUEUX

A MES ANCIENS MAITRES

MEIS ET AMICIS

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

Année Scolaire 1895-1896

DOYEN

M. Edmond VILLEY (☼, I. ☉), correspondant de l'Institut.

PROFESSEURS

- MM. CAREL (☼, I. ☉, C. ☼), professeur de *Code civil*.
TOUTAIN (☼, I. ☉), professeur de *Droit administratif*.
DANJON (I. ☉), professeur de *Droit commercial* et de
Droit maritime.
Edmond VILLEY (☼, I. ☉), professeur d'*Économie poli-
tique* et de *Législation financière*.
LAISNÉ DES HAYES (☉, A. ☉), professeur de *Droit romain*.
GUILLOUARD (I. ☉, C. ☼), professeur de *Code civil*.
LEBRET (I. ☉), professeur de *Code civil* (élu député du
Calvados).
CABOUAT (I. ☉), professeur de *Procédure civile*, chargé
des cours de *Droit international public* et *privé*, et de
Législation industrielle.
GAUCKLER (I. ☉), professeur de *Droit romain*, chargé du
cours d'*Histoire du Droit public français* (DOCTORAT).
MARIE (I. ☉), assesseur du doyen, professeur de *Droit
criminel*, et chargé du cours d'*Éléments du Droit cons-
titutionnel*.

AGRÉGÉS

- MM. Ambroise COLIN (A. ☉), chargé d'un cours de *Code civil*,
en remplacement de M. Lebreton, et du cours de *Droit
constitutionnel comparé* (DOCTORAT).
BIVILLE, chargé des cours de *Procédure civile* et de *Voies
d'exécution*.
GRANDMOULIN, chargé du cours d'*Histoire des Doctrines éco-
nomiques* et du cours d'*Économie politique* (DOCTORAT).
BOUVIER, docteur en droit, chargé de cours : *Histoire du
Droit* (LICENCE ET DOCTORAT).

SECRÉTAIRE

- M. GILLET (I. ☉), secrétaire du Conseil général et du Corps
des Facultés de Caen.
- 

JURY D'EXAMEN :

MM GUILLOUARD (I. O., C. ✱), *Professeur, Président ;*

AMBROISE COLIN (I. O.), *Agrégé ;*

BOUVIER, *Chargé de cours.*

INTRODUCTION

§ 1^{er} — IMPORTANCE ET ACTUALITÉ DE LA QUESTION

« Tout est dit : et l'on vient trop tard, depuis plus de sept mille ans qui a des hommes et qui pensent ¹. »

Ce n'est certes pas dans la science du droit que cette pensée de Labruyère trouve son application. Dans les champs si vastes des études juridiques, dans les parties même les plus souvent battues, après que les maîtres ont fait la récolte, il reste encore à glaner pour l'écolier. Et puis, s'il est vrai que les principes sont immuables, et que le temps soit impuissant à les modifier en quoi que ce soit, du moins l'application de ces principes varie à l'infini. Elle varie d'un peuple à l'autre suivant le caractère propre, l'esprit particulier qui constitue la personnalité de chacun ; elle varie dans une même nation, d'un siècle à l'autre, suivant le développement intellectuel, les besoins nouveaux de ses membres, et suivant la marche de la civilisation.

L'étude des « Contrats par correspondance » qui fait

¹ Labruyère, *Caractères*, chap. 1.

l'objet de ce travail, justifie au premier titre cette réflexion. Le Contrat par correspondance est né d'hier ou, plus exactement, connu dès une haute antiquité, il n'a acquis que d'hier une importance suffisante pour attirer sur lui d'une façon spéciale l'attention des jurisconsultes. De plus, son histoire est intimement liée à l'histoire des peuples et aux progrès croissants de la civilisation. Il était ignoré aux premiers temps de Rome, car l'inexistence de tout commerce n'en faisait pas sentir le besoin ; et aussi parce que sa notion même suppose déjà une certaine instruction juridique. Il apparut au début de la grandeur du peuple romain, lorsque Rome vit naître son commerce, alla au loin fonder des colonies, couvrit le monde ancien de grandes voies de communication. Et, depuis lors, chaque progrès de la civilisation, chacun des pas que fit la science, eut son contre-coup sur son développement. L'extension du commerce et de l'industrie, la création d'une marine marchande, l'exploitation de colonies éloignées, le développement des rapports internationaux, les traités de commerce, les grandes unions internationales, enfin la découverte de l'imprimerie, de la vapeur et de l'électricité ont préparé peu à peu l'épanouissement du contrat par correspondance ; et ce contrat est arrivé à son apogée au milieu de ce xix^e siècle qu'on a appelé à juste titre « le siècle de la science ». Je n'insiste pas sur ce point : l'importance que tient à l'heure actuelle la correspondance dans la vie de tout homme, le nombre sans cesse croissant de lettres et de télégrammes que transmet l'administration et qu'enregistrent les statistiques, enfin la quantité considérable de contrats qui se concluent à distance en sont une preuve évidente.

Aussi, la question des contrats par correspondance est toute d'actualité. C'est depuis quelques années seulement qu'elle a éveillé l'attention des savants. Elle soulève une foule de difficultés que les jurisconsultes n'ont pas encore eu le temps de trancher et qu'il est peut-être donné à la science elle-même de résoudre ; car la science avance toujours et le contrat par correspondance suit forcément son mouvement. En effet, le contrat par correspondance qui est une des formes du contrat entre absents suppose les deux conditions suivantes : 1° Deux personnes éloignées l'une de l'autre qui ne peuvent ni se voir ni s'entendre ; 2° Un espace de temps, *tractus temporis*, qui sépare la question de la réponse. A l'origine, lorsque la lettre était transmise par un porteur, que la longueur de la route et le mauvais entretien des chemins retenaient souvent fort longtemps en voyage, on apercevait nettement ces deux éléments du contrat ; mais le perfectionnement des moyens de communication, la création des grandes routes, l'invention des chemins de fer remplaçant les diligences, la rapidité croissante des trains, le télégraphe enfin, ont diminué de plus en plus le *tractus temporis*. Le téléphone le supprime tout à fait, et le contrat passé par l'intermédiaire de cet appareil n'est déjà plus un vrai contrat entre absents. Encore un pas, et des découvertes modernes ont déjà été faites dans cette voie, et les deux contractants, quoique séparés, se verront, s'entendront, pourront discuter, se mettre d'accord, contractant d'un bout du monde à l'autre, quoique juridiquement présents ; tandis qu'un appareil, une sorte de phonographe écrivain, enregistrera le débat et fournira un moyen de preuve aux parties. Toutes les difficultés aujourd'hui en suspens seront anéanties et le contrat entre absents disparaîtra.

La science, en un jour, détruira ce qu'elle a mis tant de siècles à créer.

Mais ce n'est là qu'un peut-être, en tous cas c'est l'œuvre de l'avenir, et, en attendant que la science ait dit son dernier mot, une foule de difficultés restent pendantes. Nous nous appliquerons dans ce travail à les mettre en lumière et à en chercher la solution.

Néanmoins, l'histoire parallèle des progrès de la civilisation et du développement des contrats par correspondance nous a paru très intéressante, aussi insisterons-nous tout particulièrement sur l'historique de ces contrats.

Notre étude se divisera donc en deux parties :

PREMIÈRE PARTIE. -- « *Historique des contrats par correspondance* » qui comprendra les trois divisions suivantes :

I. — Contrat par correspondance en Droit romain.

II. — Contrat par correspondance dans notre ancien Droit.

III. — Contrat par correspondance dans les temps modernes, jusqu'à la Révolution.

DEUXIÈME PARTIE. — « *Contrats par correspondance sous l'empire des lois qui nous régissent* » qui se divisera en trois chapitres :

Chapitre I. -- Causes de l'extension du contrat par correspondance à notre époque.

Chapitre II. — Formation et preuve du contrat par correspondance.

Chapitre III. — Formes de la correspondance actuelle.

§ 2. — BIBLIOGRAPHIE

J'ai dit dans le précédent paragraphe que la question des contrats par correspondance était toute d'actualité. Avant notre siècle, en effet, ce contrat était rare pour des raisons que j'indiquerai plus tard. Les tribunaux étaient peu souvent saisis de questions s'y rattachant. On ne se demandait guère que deux choses : savoir si le contrat par correspondance était possible, et quelles preuves on pouvait tirer de la production en justice des lettres des parties. Depuis la Révolution, ce mode de contracter est devenu de plus en plus fréquent et aujourd'hui, c'est peut-être par l'entremise de la poste et du télégraphe que se concluent le plus grand nombre de contrats, tout au moins en matière commerciale ; aussi les tribunaux ont-ils eu très souvent à trancher des débats nés à son sujet et un certain nombre de difficultés naguère inconnues ont surgi. La principale, celle qui domine toute l'étude des contrats par correspondance, — car de sa solution dépend la solution de toutes les autres, — est la question de savoir à quel moment précis se forme le contrat par correspondance, à quel instant existe le *duorum in idem consensus* qui établit le *vinculum juris*. (Nous consacrerons à cette question un chapitre important.)

Malgré cela, peu de travaux ont porté sur les contrats par correspondance et la présente étude était fort avancée que je n'avais encore à citer que trois ouvrages spéciaux sur la question : Un premier traité de M. A. Robert, daté de 1868 ; une courte Étude de M. Charles Darquer, publiée en 1883, et un livre plus détaillé et

fort bien conçu de M. Arthur Girault, publié en 1890.

Depuis lors (en 1895), M. Jules Valéry, professeur à la Faculté de Droit de Montpellier, a fait paraître un ouvrage très complet sur « le rôle de la correspondance dans l'exécution des contrats ». C'est là l'œuvre d'un maître devant laquelle je n'ai qu'à m'incliner. Le savant professeur traite dans son livre la plus grande partie des questions que soulève le contrat par correspondance. Obligé de me borner, j'ai dû prendre une autre méthode, car le contrat par correspondance touchant au Droit civil, au Droit commercial et maritime, à l'économie politique, à la législation industrielle et financière, au Droit international privé et même public, est un domaine immense où il est facile de se perdre. J'ai donc choisi un certain nombre de questions qui me semblaient, ou plus importantes ou plus intéressantes et les ai étudiées avec le plus de détails possible ; puis, comme je l'ai déjà dit, j'ai consacré une large place à la partie historique, fort brièvement traitée jusqu'à ce jour.

Avant de faire paraître son tout récent ouvrage, M. Valéry avait publié dans différentes revues et en particulier dans *la Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence*, plusieurs articles qui contenaient les premières notes que l'auteur avait réunies sur la question. Il résulte de là que les citations que j'ai, au cours de cette étude, empruntées à M. Valéry, renvoient pour la partie historique et une partie du Droit actuel aux articles dont je viens de parler ; et que celles-là seules qui ont trait à la dernière partie de ce travail, renvoient directement au nouveau Traité des contrats par correspondance.

En dehors de ces ouvrages spéciaux, peu nombreux,

presque tous les auteurs anciens et modernes ont parlé de notre contrat en traitant, soit des « manifestations du consentement, » soit des « obligations en général, » soit de tel ou tel contrat particulier ; citer les ouvrages auxquels il faut aller puiser, serait faire l'histoire de la littérature juridique ancienne et moderne. L'inexistence d'antécédents complets et nombreux sur ce sujet nécessite des recherches très longues et c'est, à mon avis, avec l'actualité de la question, ce qui le rend particulièrement intéressant. Je ne donnerai donc point ici la liste des nombreux auteurs à la lumière desquels j'ai dû faire appel. Je me bornerai à citer, en traitant chaque question, les sources auxquelles je suis allé puiser.

Je donne cependant ici les titres des principaux ouvrages que j'ai le plus souvent consultés, parce que, sans traiter directement mon sujet, ils y font souvent allusion :

1^o *Traité théorique et pratique de la correspondance par lettres missives et télégrammes*, par Rodolphe Rousseau, 1877 ;

2^o *Du secret des lettres missives*, par Albert Legris, 1889 ;

3^o *De la correspondance privée*, par Edgar Hepp, 1864 ;

4^o *Le télégraphe*, par Filippo Serafini (traduction Lavialle de Lameillère), 1863 ;

5^o *Le téléphone*, par Georges Vidal, 1886.

§ 3. — NATURE DU CONTRAT PAR CORRESPONDANCE

Le contrat par correspondance est une des formes du contrat entre absents.

La meilleure définition que l'on ait donnée du contrat entre absents, parce qu'elle est la plus simple, est celle de Kühn : « C'est celui qui se forme entre personnes juridiquement éloignées l'une de l'autre. »

Examinons rapidement la nature de cet « éloignement juridique ».

Le mot « absent » n'est point pris ici dans son sens technique, tel que l'entend le Code au titre IV, art. 112 à 144 ; il ne désigne point une personne dont l'existence est incertaine. Il conserve ici sa signification vulgaire, et indique une personne sur l'existence de laquelle ne plane aucun doute, mais *qui se trouve actuellement éloignée de l'endroit où sa présence est réclamée*. C'est, en un mot, la personne qu'on appelle en langage juridique « *le non présent* ». (Code civil, art. 819 et 840. Ajouter les art. 316 et 414 dans lesquels les rédacteurs du Code eux-mêmes se sont servis de l'expression « absents » dans le sens de « non présents » ¹.)

Précisons encore, car si l'on prenait littéralement le mot « absents » dans le sens que lui donne le langage du monde, on pourrait, dans certains cas, se tromper : l'éloignement juridique qu'exige le contrat entre absents, ne réclame pas qu'une distance considérable sépare les parties contractantes. Deux personnes, habitant la même maison, peuvent passer un contrat entre absents, si, par supposition, elles ne peuvent ou ne veulent se réunir et qu'elles se transmettent par lettres l'expression de leurs volontés. Par contre, deux personnes très éloignées l'une de l'autre peuvent, par une fiction légale, être réputées présentes lors de la passa-

¹ G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de Droit civil*, t. I, De l'Absence, § 327.

tion d'un contrat. C'est le cas de la représentation : « Dans son sens propre, dit M. Labbé, représenter, c'est rendre présent ¹. » C'est le représentant qui agit en fait ; en droit, c'est le représenté qui parle, qui contracte. Le représentant n'est, comme on l'a dit, qu'un « intermédiaire transparent » dont la personnalité s'évanouit pour faire place à celle du représenté. Il y a là un véritable contrat entre présents.

Il faut donc, pour qu'il y ait absence au sens juridique, que les deux contractants soient, en fait, éloignés l'un de l'autre, ne pouvant ni se voir ni s'entendre, et qu'en droit, l'un d'eux ne se fasse pas représenter près de l'autre.

Une autre question se pose : est-il nécessaire que les parties contractantes soient juridiquement éloignées l'une de l'autre, pendant tout le contrat ?

Tout contrat suppose un accord entre deux ou plusieurs personnes, *duorum vel plurium in idem placitum consensus*, et cet accord résulte de l'union de deux actes distincts, l'offre ou pollicitation et l'acceptation de cette offre ². De plus, une convention est souvent précédée de discussions ou préliminaires, destinés à établir l'entente des parties contractantes. Est-il donc nécessaire que ces diverses phases du contrat se passent « à distance, » pour qu'on se trouve en présence d'un contrat entre absents ?

Sans aucun doute, les parties peuvent discuter ensemble les bases du contrat ; l'acheteur peut venir examiner la marchandise, débattre le prix et la vente conclue dans la suite et « à distance », n'en est pas

¹ Ortolan, livre III, Appendice ix.

² Mourlon, *Code civil*, t. II, De la Pollicitation, § 1027.

moins un contrat entre absents. Bien plus, l'offre peut avoir lieu entre présents, et le contrat se former entre absents, par exemple si le marchand qui est venu proposer sa marchandise « à domicile » a laissé son adresse et que l'acheteur n'ait accepté l'offre que plus tard et de loin. De même encore, le contrat qui autorise une acceptation tacite par voie d'exécution, rentre dans la catégorie des contrats entre absents, quand son exécution a lieu au loin. Toutefois, remarquons-le, le plein et entier effet du contrat entre absents se révèle surtout au cas d'offre et d'acceptation échangées à distance.

Nous venons de voir que l'éloignement juridique requis pour qu'il y ait « contrat entre absents », exigeait, pour le moins, que les parties contractantes soient éloignées l'une de l'autre au moment où l'acceptant se dessaisit de son acceptation. Il faut donc qu'un intermédiaire transmette de l'une chez l'autre l'expression des volontés des parties. Cet intermédiaire peut être de bien des sortes, mais il rentre toujours dans l'une des deux catégories, que distinguaient les Romains, quand ils disaient qu'on peut contracter entre absents *vel per epistolam*, *vel per nuntium*. Dans le premier cas, l'intermédiaire est inanimé, matériel; c'était à Rome, l'*epistola*, la lettre; dans notre droit, nous dirons c'est la « correspondance », terme plus large, que nécessitent les progrès de la science, et qui comprend tout à la fois la correspondance postale, télégraphique et sémaphorique. Dans le deuxième cas, l'intermédiaire est animé, c'est le *nuntius*, le messager. Nous omettons intentionnellement le téléphone, parce que le contrat passé par son intermédiaire présente un caractère tout particulier, dont nous dirons quelques mots dans la suite.

De ces deux formes qu'affecte le contrat entre absents, nous n'étudierons dans ce travail que la première : le contrat par correspondance.

La meilleure définition de ce contrat nous a semblé être celle qu'en donne M. Valéry ¹ : « C'est un contrat conclu directement entre personnes non présentes, par l'intermédiaire d'agents de communication uniquement destinés à transmettre la volonté des parties avec la plus grande fidélité possible ».

¹ *Contrats par correspondance*, Introduction, § 1, *in fine*.

PREMIÈRE PARTIE

HISTORIQUE DES CONTRATS PAR CORRESPONDANCE

I

Contrats par correspondance en Droit romain

CHAPITRE PREMIER

Première époque. — Impossibilité de contracter par correspondance

§ 1^{er}. — A l'origine de Rome, nous ne trouvons aucune trace des Contrats entre absents en général, et des Contrats par correspondance en particulier. Comment d'ailleurs eussent-ils existé? Tout s'opposait à leur apparition : économiquement, ils n'auraient répondu à aucun besoin ; juridiquement, ils étaient impossibles ;

enfin la politique même de Rome s'opposait à leur naissance.

§ 2. — Économiquement, avons-nous dit, ils n'auraient répondu à aucun besoin. « L'utilité des contrats par correspondance, nous dit M. Girault ¹, se fait surtout sentir chez une nation commerçante qui habite un territoire étendu, et qui a de nombreux rapports avec les pays étrangers. » Or, tellen'était point la Rome primitive. Petite cité fortifiée sur sa colline, le mont Palatin, Rome n'avait comme territoire que son enceinte et les rares villages qui s'étagaient sur les collines voisines. Peu à peu elle recula les limites de son empire et la nation romaine se constitua par l'union des trois éléments latin, sabin et étrusque. Mais ce fut une œuvre de longue haleine, et pendant une longue période, restée assez nuageuse, Rome ne fut qu'une petite nation et n'eut qu'un petit empire ². C'est l'époque des conquêtes où la politique de Rome est une politique d'envahissement ³. La guerre, et dans les rares intervalles de paix l'agriculture, telles sont les deux seules occupations des premiers Romains. Les produits de la terre suffisaient à tous les besoins. Le luxe était inconnu, incompatible même avec l'austérité des mœurs; et le commerce n'existait point : aussi les contrats étaient-ils rares. Quand cependant deux personnes avaient à traiter ensemble, elles se rencontraient sur la place publique où se réglaient toutes les affaires. L'exiguité du territoire romain ne permet-

¹ A. Girault, *Contrats par correspondance*, chap. I, section I, § 14.

² J. Ortolan, *Histoire de la législation romaine*, Origines de Rome, § 12.

³ J. Ortolan, *Histoire de la législation romaine*, Résumé de la première époque, § 78.

taut même pas à l'idée des contrats à distance de se faire jour ¹.

§ 3. — La politique de Rome s'opposait aussi à la naissance du contrat entre absents. Nous avons dit que c'était une politique d'envahissement; c'était par là même une politique d'égoïsme et d'isolement. Une nation qui se forme le fait aux dépens des peuples qui l'entourent. Dès lors la nation qui aspire à l'existence ne songe qu'à combattre ses voisins, ne voit en eux que des ennemis. Le peuple romain n'échappa point à cette règle commune. Tout au contraire, on ne rencontre nulle part l'idée de « cité » aussi énergique que dans le droit primitif de Rome; nulle part, on ne trouve un plus grand mépris de tout ce qui n'est pas romain. Dans la vieille langue latine, le mot *hostis* désignait tout ensemble l'étranger et l'ennemi, et ces deux mots longtemps sont restés synonymes ². De plus, dans les premiers siècles et même jusqu'à ce que le titre de *civis romanus* eût cessé de conférer des droits politiques sérieux, Rome n'accorda, qu'avec parcimonie, le droit de cité aux vaincus. Il résulte de là que, pendant une période assez longue du moins, le peuple romain n'entretint avec ses voisins aucune relation, ne signa aucun traité de commerce.

§ 4. — Si l'on ajoute à cela que l'écriture vraisemblablement longtemps ignorée, ne se propagea que

¹ A. Girault, *Contrats par correspondance*, chap. 1, section 1, § 14; — J. Valéry, *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence*, année 1894, première livraison, Les contrats par correspondance dans le passé.

² Accarias, *Précis de Droit romain*, t. I, § 49; — Ortolan, *Histoire de la législation romaine*, Généralisation du Droit romain, § 32.

lentement, une fois qu'elle fut connue (*rara per ea tempora litteræ erant*, a dit Tite-Live ¹), et que de plus les moyens de communication étaient à peu près nuls, aucune route entretenue n'existant encore, on sera convaincu de l'inexistence des contrats soit *per epistolam*, soit *per nuntium* à cette époque.

§ 5. — D'ailleurs, quand bien même tous ces obstacles n'eussent point existé, le contrat entre absents aurait encore été ignoré. Juridiquement, avons-nous dit, il était impossible; c'est que, en premier lieu, il suppose chez un peuple une certaine instruction juridique, et en deuxième lieu, que le caractère formaliste de la législation romaine s'opposait à sa validité.

§ 6. — La notion d'une convention conclue entre absents suppose une instruction juridique assez développée. La possibilité de contracter entre personnes se trouvant éloignées les unes des autres n'est pas une idée primordiale. Lorsque deux personnes veulent convenir juridiquement (*convenire, conventio*), la première pensée qui leur vient est de se réunir (*cum venire*). Cela ne suffit pas; il faut encore que la chose qui fait l'objet de la convention soit présente à leurs yeux, si du moins elle est matérielle. Enfin, le même besoin naturel qui réclame la présence des contractants et celle de l'objet de la convention, demande encore que le contrat soit passé *in continenti*, que les divers actes qui le constituent se succèdent sans interruption pour l'esprit. C'est ce que Ihering ² appelle « la nécessité de l'unité de l'action », laquelle comprend l'unité du temps et l'unité du lieu.

¹ Tite-Live, *Histoire*, III, 3; VI, 1.

² Ihering, *Esprit du Droit romain*, t. III, § 57; t. IV, § 63.

L'esprit réclame l'unité du temps : « En effet, dit Ihering ¹, l'acte, pour être un, exige une action une. » Or cette unité de l'action n'apparaît plus si l'offre et l'acceptation, la demande et la réponse, sont séparées par un intervalle plus ou moins long. « Le sens simple se refuse à ce dédoublement dans un seul et même acte ². » Il faut, en d'autres termes, que les différentes phases de la convention se succèdent sans interruption, pour bien fixer l'esprit des parties et n'y laisser subsister aucun doute.

L'unité du temps suppose nécessairement l'unité du lieu. C'est seulement par la présence de l'une et l'autre partie qu'il devient visible qu'il y a entre elles une idée commune. « Leur réunion quant à l'espace, dit Ihering ³, est la condition sensible et naturelle de leur union quant à la volonté. »

La présence de la chose est nécessaire aussi. Les contractants veulent l'avoir sous les yeux, non seulement pour l'examiner, s'assurer de son identité, mais encore parce que « le rapport juridique dans lequel on veut se placer avec l'objet, ou que l'on veut faire valoir à son égard, bref que la relation et la direction de la volonté quant à cet objet, se manifestent et s'incorporent dans une action extérieure exercée sur lui ⁴. »

Cette tendance naturelle de l'esprit se manifeste encore à l'heure présente dans la façon dont contractent les hommes du peuple. Ils ne recourent que bien rarement à l'écriture pour traiter à distance ; le plus souvent, ils se transportent dans un lieu de réunion fixé

¹ Ihering, *loc. citat.*

² Ihering, *id.*

³ Ihering, *id.*

⁴ Ihering, *id.*

d'avance et y transportent avec eux l'objet du contrat.

Ce principe de l'unité de l'acte était plus rigoureusement appliqué aux origines de Rome, alors que ses habitants étaient incultes et grossiers, et son territoire peu étendu. Il ne souffrait alors aucune exception. D'ailleurs les fêtes religieuses, les jeux, les marchés, les réunions du peuple étaient autant d'occasions de se déplacer, ce qui ne rendait pas son application gênante. Mais, quand Rome étendit son empire, ce système de centralisation devint une entrave. « L'extension géographique des relations juridiques, dit Ihering¹, rendit le maintien de ce principe de plus en plus difficile ;.... à mesure que l'État s'agrandit, l'acte juridique dut s'élargir avec lui. Le commerce ne tenait plus compte des distances, l'acte juridique dut se débarrasser de l'entrave du lieu. Mais les âges avaient consolidé la forme des actes traditionnels du Droit civil, et, trop roidis déjà, ils ne purent transformer comme il l'aurait fallu toute leur antique architecture.... » Nous étudierons cette transformation dans le chapitre II.

§ 7. — Nous avons dit que le formalisme romain avait été le dernier obstacle et le plus grand peut-être à l'admission des contrats entre absents. En effet, pour pouvoir contracter à distance, il faut que la législation laisse au consentement toute liberté quant au mode de sa manifestation, et qu'elle lui permette, en dehors de toute solennité, d'engendrer des obligations. Des actes symboliques, le prononcé de paroles solennelles, toutes les conditions de formes en un mot, que peut exiger la loi, nécessitent l'assistance effective des parties, et rendent dès lors impossible le contrat entre absents.

¹ Ihering, *loc. citat.*

Or, le formalisme est un caractère commun à tous les peuples jeunes ; et, entre tous, c'est peut-être le peuple romain qui poussa le plus loin son amour pour la forme.

Le formalisme a pour cause, d'après Michelet ¹, « l'amour de l'homme pour la nature, à ces premiers âges où il était à peine dégagé de son sein. » Pour Ihering ², il y a en lui « en même temps une satisfaction des sens et un plaisir poétique causé par la représentation sensible des choses de l'intelligence. » Enfin et surtout, il répond à un besoin de l'esprit humain, le besoin de donner une forme sensible à une abstraction, lequel résulte de l'imperfection originaire du langage, du défaut d'éducation juridique et du manque de culture de l'intelligence.

« La sensibilité, dit Ihering ³, est le premier degré de la spiritualité. Toute pensée originaire des individus et des peuples est sensible..... Les lois et les idées d'une époque barbare rappellent les hommes qui en sont les contemporains, êtres incultes, grossiers, n'ayant d'yeux que pour ce qu'ils peuvent saisir avec la main..... Tangibles, extérieures, sensibles, visibles, telles sont toutes les notions du Droit ancien. Partout la forme extérieure prédomine sur l'idée. » Chez les peuples comme chez les hommes, quand ils sont enfants, l'intelligence est encore engourdie et les sens règnent en maîtres. Aussi, pour arriver jusqu'à l'esprit, il faut impressionner vivement les sens ; pour enchaîner la pensée, il faut la revêtir d'une enveloppe matérielle ⁴. A ces époques reculées,

¹ Michelet, *Origine du Droit français*, Introduction, p. cxi.

² Ihering, *Esprit du Droit romain*, t. III, § 51.

³ Ihering, *Esprit du Droit romain*, t. III, § 47.

⁴ Ortolan, *Histoire de la législation romaine*, Généralisation du Droit romain, titre III, §§ 154 et suiv.

l'homme a besoin, pour accomplir un acte de quelque importance, que son esprit soit frappé d'une façon particulière, qu'une cérémonie attire son attention, qu'un signe sensible fixe son souvenir. « Pour être compris et retenu par les rudes intelligences des hommes grossiers des temps primitifs, dit M. Chassan¹, le droit a besoin d'images sensibles, de représentations figurées et de signes physiques qui parlent aux yeux et à l'imagination. »

Nous trouvons, aujourd'hui encore, des traces de ce besoin de l'esprit dans la façon dont contractent les habitants de la campagne. Pour eux, un marché n'est pas conclu tant que l'acheteur n'a pas frappé dans la main du vendeur, tant qu'il n'a pas donné les « épingles du marché » ou le « denier à Dieu », ou qu'il n'a pas « arrosé » la vente. Et ce n'est, à leurs yeux, que par cette cérémonie extérieure que l'accord des volontés se produit, et que le contrat devient irrévocable.

On comprend, d'après ces idées, que la nature du formalisme a dû varier d'un peuple à l'autre, suivant le caractère particulier de chacun. Les symboles étaient plus poétiques, là où l'imagination l'emportait ; plus froids, plus austères, là où dominait la raison. Ce dernier caractère fut celui du formalisme romain.

Le formalisme se présente à nous sous plusieurs aspects : Ihering² fait à ce sujet une distinction très juste entre les formes représentatives et les formes symboliques. « Le symbole est l'expression sensible *de ce qui est abstrait*. » Ce terme devient donc impropre, lorsqu'il s'agit de représenter une chose qui elle-même est sensible. C'est ainsi que, dans la revendication ro-

¹ Chassan, *Symbolique du Droit*, p. 4.

² Ihering, *Esprit du Droit romain*, t. III, § 51.

maine, le fonds étant simulé par une motte de terre, il y a représentation et non symbole. Au contraire, la hache et le faisceau des licteurs, rappelant le droit de vie et de mort des consuls, sont des formes symboliques. De même la lance était le symbole de la propriété, mais le bâton qui la remplaçait n'était qu'un signe représentatif de la lance. Le bris d'un rameau valant comme trouble possessoire dans le but d'interrompre l'usucapion ; le jet d'une pierre, comme signe d'opposition à la construction d'un édifice nouveau, sont des symboles. C'est cet amour pour la forme qui a entouré de cérémonies compliquées l'accomplissement de tout acte juridique à Rome, qui a fixé pour chacun ses rites et ses solennités propres, auxquels il a donné la rigueur même des pratiques religieuses. Le prononcé de paroles solennelles, l'interrogation du créancier et la réponse du débiteur, la préhension de la chose, la *manuum conseratio*, etc. se répétaient toujours dans les mêmes cas, et l'inaccomplissement d'une seule de ces formes, voire même le changement d'un seul mot dans les termes consacrés, suffisait à entraîner la nullité du tout.

J'ai parlé de rites à propos des formes des actes juridiques ; et en effet, il y a une profonde analogie entre les cérémonies religieuses et les solennités dont s'entoure le Droit aux origines de Rome : même rigueur, même précision, même exactitude scrupuleuse dans la rédaction des formules, même publicité. Et ceci ne doit pas nous étonner, si, comme le suppose Vico ¹, l'organisation primitive de la cité romaine était une oligarchie sacerdotale, et que les fondateurs de Rome étaient un collège de prêtres ou du moins si, comme on a pu

¹ Ch. Giraud, *Histoire du Droit romain*. Introduction.

l'affirmer avec plus de certitude, l'influence des pontifes dans l'antiquité s'étendait sur tout le Droit et sur toute la procédure civile ¹.

On comprend que, tant qu'une législation est dominée par cet amour de la forme, l'idée de contracter à distance ne puisse pas se faire jour. Le prononcé des formules, l'accomplissement de toutes les solennités requises exigent essentiellement la présence des parties.

A Rome, toute tentative pour secouer le joug du formalisme devait rester pour longtemps impuissante. Cette persistance de la prédominance de la forme sur le fond eut pour causes : d'abord l'esprit essentiellement conservateur du peuple romain, puis aussi les avantages que le formalisme procure au droit, chez un peuple n'ayant encore qu'une instruction juridique rudimentaire.

Entre toutes, la nation romaine est une de celles qui sont demeurées le plus fermement attachées à leurs traditions. Et ce n'est pas là ce qui a le moins contribué à établir sa toute-puissance. Le souvenir des jours anciens, la mémoire des ancêtres sont autant de leçons données par le passé et qui profitent à l'avenir. « Le maintien des formes traditionnelles, dit Ihering ², même après qu'elles se sont survécues, est le résultat aussi bien que la source féconde de ce sens historique sans lequel on n'a jamais encore élevé d'édifice durable ni dans l'État ni dans l'Église. »

Nous avons ajouté que le formalisme qui, chez une nation très civilisée, serait une entrave absolue à tout

¹ Pomponius, L. 2, § 6, D. *De origine juris*, L. I, t. II; — Ihering, *L'Esprit du Droit romain*, t. I, § 22; — J. Muirhead, traduction Bourcart, *Introduction historique au Droit privé de Rome*.

² Ihering, *L'Esprit du Droit romain*, t. III, § 51.

progrès juridique, procure, au contraire, des avantages à un peuple encore enfant. « Rien n'est plus propre que les formes symboliques, dit M. de Savigny ¹, à éveiller dans l'esprit des parties contractantes cette attention réfléchie, si désirable pour les affaires sérieuses..... » Et Ihering ² dit aussi : « Le droit est impuissant à ex-lure le manque de clarté, et avec lui une des sources les plus fécondes des procès.....; la forme épargne au juge de rechercher si on a voulu conclure un acte juridique, car elle lui indique quel est l'acte qu'on a voulu conclure. »

§ 8. — Toutes ces causes firent que le formalisme régna longtemps en maître à Rome, et que vaincu enfin par les progrès de la civilisation et les besoins nouveaux qu'elle engendre, il laissa néanmoins des traces profondes qui se manifestèrent jusque dans le dernier état du droit. Il ne disparut pas d'un seul coup, mais ses formes trop rigoureuses furent adoucies, modifiées, appropriées peu à peu aux exigences nouvelles. Après avoir émis cette idée, M. Michelet ³ ajoute : « Ce passage que je viens d'exprimer en deux mots, Rome s'en occupa mille ans; pieuse lenteur et respectable. La perpétuité des traditions était chère à ce peuple..... C'est un beau et religieux spectacle de voir avec quel scrupule le juge romain se laisse pousser d'interprétation en interpellation hors de la loi écrite, marchant, trainé plutôt, et ne convenant jamais qu'il a marché. »

¹ De Savigny, *Droit romain*, t. III, § cxxxi.

² Ihering, *Esprit du Droit romain*, t. III, § 50.

³ Michelet, *Origines du Droit français*, Introduction, pp. cxiii et suiv.

Cette disparition du formalisme, et l'apparition des contrats consensuels qui devait enfin donner l'idée de contracter à distance, font l'objet du chapitre suivant.

CHAPITRE II

Apparition du contrat par correspondance

§ 1. — Avant de constater les premiers pas que fit le Droit romain dans la voie d'un adoucissement des formes rigoureuses primitives, avant de chercher à fixer la date de l'apparition des contrats consensuels, bientôt suivie de celle des contrats entre absents, nous étudierons rapidement les causes de cette transformation juridique.

Ces causes rentrent toutes dans ce qu'on est convenu d'appeler « les progrès de la civilisation », mot complexe qui comprend tout à la fois, l'agrandissement du territoire, la naissance et le développement des relations internationales, l'extension du commerce, enfin une instruction juridique croissante.

§ 2. — Nous avons dit que la première politique de Rome avait été une politique de conquêtes. Cette ère de luttes dura longtemps, l'ambition du peuple romain augmentant avec le succès de ses armées. L'Italie tout entière était soumise en l'an 488 de Rome, et ce fut au dehors que se portèrent désormais les armes romaines. Les guerres puniques commencèrent en 490 et durèrent jusqu'en 608 (de 264 à 146 avant J.-C.).

En présence de cet agrandissement sans cesse crois-

sant du territoire romain, une difficulté surgit bientôt : l'obligation pour les parties de se trouver en présence pour contracter nécessitait des voyages parfois fort longs. Il en était de même de la nécessité où l'on était souvent de se rendre à Rome, où certains actes juridiques pouvaient seulement s'accomplir.

§ 3. — Les conquêtes de Rome firent naître le commerce et lui donnèrent un développement rapide. Après avoir traversé l'Italie en maîtres, les soldats romains rapportèrent de l'or, des étoffes somptueuses, des tentures ; les statues, les tableaux de Tarente et les éléphants de Pyrrhus. Plus riches encore furent les dépouilles après les guerres puniques. Mais, en même temps que ces richesses, ils rapportèrent l'amour du luxe qui, jusque-là, n'avait point percé au milieu des mœurs austères de la Rome primitive. Dès lors, l'industrie reçoit une grande extension. Considéré comme indigne d'un citoyen romain, le commerce est confié aux esclaves prisonniers de guerre, très nombreux à cette époque ¹. De plus, les étrangers affluent à Rome et y apportent des industries jusqu'alors inconnues. Le nombre même en devint si grand que l'on dut, en l'an 507 de Rome, créer une magistrature nouvelle, le *prætor peregrinus*, chargé spécialement de trancher les difficultés qui s'élevaient entre étrangers ².

§ 4. — La présence à Rome de nombreux étrangers, et la possibilité pour eux d'y exercer leurs métiers, nous montrent que la politique d'isolement, que les Romains

¹ Dufourmantelle, *Précis de législation industrielle*, Introduction historique, section II.

² G. Bonjean, *Explication méthodique des Institutes*, Introduction, § 232.

avaient adoptée au début, avait cédé peu à peu devant la force des choses. C'est qu'en effet la guerre ne se termine pas toujours par l'anéantissement complet du vaincu ; quand c'est une nation puissante, quoique démembrée, elle subsiste et alors une entente s'établit entre les combattants ; cette entente se traduit le plus souvent par un traité qui engendre, entre le vainqueur et le vaincu, des relations plus ou moins étroites. Ces traités furent de bien des sortes ; la première forme qu'ils revêtirent fut peut-être l'*hospitium*. L'*hospitium* garantit la protection du droit de l'*hostis*. « L'*hospes*, dit Ihering¹, sauve l'*hostis* des conséquences de sa position d'étranger sans droit et sans protection, en mettant le droit de son hôte sous la protection du sien propre et en le soutenant comme le sien devant la justice ; » et il ajoute : « Un marchand actif pouvait réussir à se créer des hôtes de tous les côtés ; mais cette hospitalité privée ne pouvait suffire pour un commerce étendu, et c'est ainsi qu'il arriva souvent que deux états s'assurèrent réciproquement ce rapport (*hospitium publice datum*)..... C'est le premier pas dans la voie de l'ouverture des relations juridiques internationales². » Il y avait encore le traité d'*amicitia*, puis divers traités d'alliance. Aussi un nouveau mot apparut-il dans la langue juridique : *peregrinus*. Le pérégrin est l'habitant d'une nation indépendante, mais unie à Rome par un traité. Il ne devient *hostis* qu'après une déclaration régulière de guerre³. En vertu de ces traités, les pérégrins purent venir habiter Rome, et y exercer le commerce ; leurs personnes et leurs biens furent protégés, et les règles du *jus gentium*

¹ Ihering, *L'Esprit du Droit romain*, t. I, § 19.

² Ihering fait venir *hospes* de *hostis petens* (hospes (t) s).

³ Accarias, *Précis de Droit romain*, t. I, § 49.

leur furent appliquées. Ces relations internationales contribuèrent grandement à développer le commerce.

§ 5. — Or c'est le commerce qui donne naissance au plus grand nombre de contrats ; de plus il exige la rapidité et la facilité des relations juridiques. Aussi est-ce lui qui a le plus à souffrir des solennités rigoureuses qu'a engendrées le formalisme.

Si nous ajoutons à ces besoins nouveaux, résultant de l'extension du territoire et du développement du commerce, que le peuple romain se civilisait peu à peu au contact de nations plus anciennes, et dès lors devenait plus apte aux notions juridiques et moins amoureux de la forme, nous nous expliquerons facilement la transformation qui va s'opérer et la substitution à l'antique *nexum* de contrats plus nombreux et plus simples.

Si nous ajoutons que l'écriture se répandait, que la poste fut créée, enfin que Rome, après avoir conquis l'Italie, fondé des colonies, établi des provinces, les sillonnait de grandes voies de communication, nous nous expliquerons facilement que le contrat entre absents devait nécessairement se faire jour.

§ 6. — Je crois, avec un grand nombre d'auteurs ¹, et contrairement à l'opinion de M. Accarias ², qu'il n'y

¹ P. Van Wetter, *Obligations*, t. II, § 76 ; — Ch. Giraud, *Histoire du Droit romain*, État du Droit, première et deuxième périodes ; — Benech, *Etudes sur les classiques latins appliqués au Droit civil romain*, p. 83 ; — Maynz, *Eléments de Droit romain*, § 120 ; — G. Bry, *Principes de Droit romain*, pp. 239-240 ; — P. Rambaud, *Explication du Droit romain*, t. II, pp. 15, 16 et note 1, et suiv. ; — Etc.

² Accarias, *Précis de Droit romain*, t. II, § 494 et note 2. — Dans le même sens : E. Petit, *Traité de Droit romain*, § 270, pp. 258 et 260 ; — Ed. Cuq, *Les Institutions juridiques des Romains*, pp. 392

eut d'abord à Rome qu'une seule façon de contracter le *nexum* ou la solennité *per æs et libram*. A l'origine de tous les peuples, les transactions entre particuliers durent vraisemblablement se borner à une opération unique : l'échange, première forme de la vente. Or la propriété se transférait alors au moyen de la mancipation, acte public dans lequel figuraient, en dehors des cinq témoins, l'acquéreur qui affirmait son droit sur l'objet, puis pesait dans la balance, tenue par le *libripens*, le métal qui en formait le prix, et l'aliénateur qui recevait ce prix et acquiesçait au moins par son silence. La chose était ainsi transférée *per æs et libram*. C'est à un procédé semblable qu'on recourait quand une personne voulait s'obliger envers une autre. Seulement, en échange de la somme que le créancier lui remettait après pesée, c'était sa propre personne que mancipait le débiteur. Il était alors enchaîné envers son créancier, *nexus*, et en cas de non remboursement, le créancier pouvait se saisir de sa personne et le posséder à titre de *mancipium*¹. L'acte lui-même reçut le nom de *nexum*. Ce fut, pendant longtemps, cette forme unique que revêtirent tous les contrats, c'est dans ce moule que vinrent se fondre toutes les conventions des parties.

Dans la suite, le métal étant monnayé, la pesée devint inutile, mais elle subsista à titre de symbole ;

et suiv., 394, 395. — MM. Petit et Cuq pensent que la *sponsio* fut usitée à peu près dès l'origine de Rome ; elle aurait donc été la contemporaine du *nexum*, et non une simplification de ce même *nexum*.

¹ Maynz, *Éléments de Droit romain*, § 420. Les auteurs modernes (en particulier M. de Savigny) n'admettent pas tous que le *nexum* ait été un engagement matériel de la personne. Je me range cependant à l'opinion de M. Maynz.

la présence des témoins, du *libripens* et des contractants continua à être exigée. Le *vinculum juris* n'était formé que par la réunion de la cérémonie symbolique de la pesée du métal, et du prononcé par les parties des paroles sacramentelles.

Mais en présence des besoins nouveaux qu'engendrait la civilisation, l'ancienne forme de contracter devint insuffisante, les exigences du formalisme gênantes. L'antique *nexum* ne disparut pas pour cela, mais il se décomposa, « se dégradra » suivant l'expression de M. Accarias; et de ses débris naquirent de nouveaux contrats ¹.

Cette transformation s'opéra depuis la loi des Douze Tables jusqu'à Cicéron, de l'an 304 à l'an 647 de Rome ².

§ 7. — Tout d'abord, les formes du vieux *nexum* se dédoublèrent : par une simplification naturelle, une séparation s'opéra entre les paroles consacrées et la tradition que contenait la mancipation. Dès lors la tradition de la chose et le prononcé des termes solennels constituèrent deux causes civiles distinctes d'obligation; et chacune fut réputée suffisante pour engendrer un contrat. C'est ainsi que le contrat *re* et le contrat *verbis* prirent naissance.

Pour le contrat *verbis* les paroles consacrées consistaient en une interrogation et une réponse conformes : *spondesne-spondeo*. Ce contrat n'était possible qu'entre

¹ J. Ortolan, *Histoire de la législation romaine*, Généralisation du Droit romain, deuxième partie, titre 1, §§ 203-204; — A. Girault, *Des contrats par correspondance*, chap. 1, section 1, §§ 14-15.

² Ch. Giraud, *Histoire du Droit romain*, Etat du Droit, deuxième période.

citoyens romains et n'admettait que l'emploi de la langue latine. Cette rigueur primitive disparut peu à peu ; on le rendit accessible aux pérégrins, pourvu qu'ils se servissent d'une autre formule que « cette forme romaine par excellence » : *spōdes-spondeo* ; par exemple *promittis-promitto*. Enfin on autorisa l'emploi d'une langue étrangère ¹.

Nous venons de voir que, dans les contrats *re et verbis*, l'ancienne cérémonie *per æs et libram* avait disparu ; plus exactement, on la considérait comme accomplie, quoique, en fait, elle n'eût point eu lieu. Partant de là, on en arriva à la troisième forme quiritaire de s'obliger, le contrat *litteris*. La somme d'argent, objet du contrat, étant réputée pesée par le créancier et reçue par le débiteur, on l'inscrivait comme telle sur le registre domestique (*tabulæ ou codex accepti et expensi*) ; et cette inscription engendrait une obligation.

Primitivement, ce contrat était réservé aux seuls citoyens romains. Dans la suite, l'usage en fut étendu aux pérégrins, sous une forme différente il est vrai, et sous les noms de « *syngraphæ* » et « *chyrographæ* » ².

Restait un dernier pas à faire : il fallait admettre que le seul consentement, dépourvu de toutes formes, suffirait à engendrer une obligation civile. Les contrats consensuels apparurent les derniers. Mais ce qui est aujourd'hui la règle n'avait point, à Rome, la même généralité : le droit civil n'admit que quatre cas dans lesquels le concours des volontés, de quelque façon d'ailleurs qu'elles se manifestassent, pourrait engendrer un

¹ Accarias, *Précis de Droit romain*, t. II, De la stipulation, § 497,

² Accarias, *Précis de Droit romain*, t. II, Du contrat *litteris*, §§ 577 et 580 note 1.

contrat. Ce sont : la vente, le louage, la société et le mandat ¹.

§ 8. — Le consentement une fois débarrassé de toute entrave, l'idée de contracter à distance se fit bientôt jour. Il n'était plus nécessaire aux parties de se réunir pour traiter ensemble ; il était plus facile pour chacune d'envoyer à l'autre l'expression de sa volonté. Avec les contrats consensuels était née la possibilité de contracter entre absents ². Les besoins du commerce, l'extension des relations extérieures multiplièrent les contrats conclus à distance.

Quant aux autres formes quiritaires de s'obliger (*contrats re-verbis-litteris*), il y aurait lieu de se demander si, dans la suite, on n'admit pas aussi la possibilité d'y recourir entre personnes éloignées. Mais cette question trouvera sa place dans le chapitre suivant.

§ 9. — Il nous reste à fixer, autant que cela est possible, l'époque de l'apparition des contrats entre absents.

Le premier jurisconsulte qui ait parlé de la possibilité de faire un acte juridique entre absents est Labéon. Il le fit à propos de la possession ³. (Labéon vivait sous Auguste, au milieu du VIII^e siècle de Rome.)

Cette idée, que l'on pouvait acquérir la possession par l'entremise d'un tiers, était en contradiction avec les anciens principes qui n'admettaient pas la validité

¹ Benech, *Études sur les classiques latins appliqués au Droit civil romain*, p. 83 ; — Ortolan, *Histoire de la législation romaine*, Généralisation du Droit romain, deuxième partie, titre 1, § 206.

² Instit., L. III, t. XXII, *De consensu obligatione* ; — Dig. L. 1, § 2 ; — *De contrahenda emptione*, L. XVIII, t. I.

³ D. L. 51, *De acquirenda vel amittenda possessione*, L. XLI, t. II.

d'un acte juridique passé hors de la présence des parties. Aussi fut-elle vivement combattue ¹.

Mais la distinction qui s'établit, à propos de la possession, entre l'élément matériel et l'élément intentionnel, entre le *corpus* et l'*animus*, fit triompher la doctrine de Labéon. Le maître ayant l'*animus*, pourquoi n'eût-il pas acquis la possession *corpore alieno* ; pourquoi un *nuntius* n'eût-il pas appréhendé le *corpus* ?

Sous Justinien, la propriété elle-même pouvait être acquise entre absents.

Or Labéon avait été plus loin ; il avait admis aussi la possibilité d'acquérir les droits de créance entre absents. Paul ² rapporte ainsi l'opinion de Labéon : « *Labeo ait, convenire posse, vel re, vel per epistolam, vel per nuntium ; inter absentes quoque posse...* »

Il s'agit, il est vrai, d'un pacte dans ce texte ; mais les contrats consensuels n'étant que des pactes reconnus par le Droit civil et munis d'une action, il leur est également applicable.

Il résulte de ceci, que c'est au siècle d'Auguste qu'il faut faire remonter l'apparition des contrats entre absents, et par là même des contrats par correspondance.

¹ Gaius, C. II, § 95.

² D. L. 2 princ., *De pactis*, L. II, t. XIV.

CHAPITRE III

Nature et forme du Contrat par correspondance à Rome

SECTION PREMIÈRE

Histoire de la Poste romaine. — Lettre

§ 1. — Nous avons dit que les intermédiaires, qu'exige le contrat entre absents, pour porter à chacune des parties l'expression de la volonté de l'autre, étaient de deux sortes : animé, c'est le *nuntius* ; inanimé, c'est la *lettre*.

Le contrat *per nuntium* ne rentrant pas dans le cadre de notre étude, nous n'en dirons que quelques mots.

Il nous paraît bien difficile de préciser qui fut, du messager ou de la lettre, le premier intermédiaire entre les parties éloignées. Peut-être fut-ce le *nuntius*, l'écriture ne s'étant propagée à Rome qu'assez lentement. Mais il nous paraît certain qu'une fois passés dans les mœurs, ils concoururent toujours ; le *nuntius* ne donnant pas à craindre les indiscretions auxquelles une lettre est toujours exposée, soit au cours du voyage soit même une fois reçue, et la lettre ayant sur le *nuntius*

d'autres avantages que nous remarquerons plus loin ¹.

Le *nuntius* pouvait être un esclave, un serviteur, un ami du maître. Il pouvait lui être uni par un mandat, si le messenger ne recevait aucune récompense ²; par un louage d'ouvrage, s'il touchait une *merces*; par une stipulation : *nunciare promittisne promitto*; par un contrat innomé. Mais dans tous les cas, en tant que *nuntius*, il n'était qu'un agent passif du maître, chargé de répéter mot pour mot les paroles qu'on lui avait dites. Il n'avait aucune initiative : « *ministerium tantummodo præstat*, » disait Paul ³; « *nuntius est enim tanquam pica et organum domini*, » dit encore Alciat ⁴; « *organum vivum*, » d'après Lauterbach ⁵; « *epistola loquens*, » suivant l'expression de Cujas ⁶. En effet, le rapprochement presque constant que l'on rencontre dans les textes, entre l'*epistola* et le *nuntius*, semble indiquer que les Romains n'établissaient pas de différence entre ces deux intermédiaires des parties. Il résulte de là que le *nuntius* ne se confondait à Rome ni avec le *procurator* ni avec le *proxenète*. En effet, le messenger ne s'obligeait pas et ne jouait qu'un rôle passif, tandis que le mandataire s'obligeait, et que le proxenète, s'il ne contractait aucune obligation, avait du moins l'initiative du contrat ⁷.

¹ J. Valéry, *Revue générale du Droit, de la législation et de la jurisprudence*, première livraison, 1894, Les Contrats par correspondance dans le passé.

² Un mandataire, en effet, pouvait être constitué pour remplir un mandat *non juridique*. (Gaius, C. III, § 162.)

³ D. L. 15, *De pecunia constituta*, L. XIII, t. V.

⁴ Alciat, sur la loi 38, D. *De verborum obligationibus* et sur la loi 14, § 3, D. *De pecunia constituta*.

⁵ Lauterbach, *De nuntio*, chap. xxxviii, p. 242.

⁶ Cujas, sur le livre IV, titre 50 au Code.

⁷ Accarias, *Précis de Droit romain*, t. II, § 600, note 1.

Cette doctrine, d'après laquelle le *nuntius* romain n'était qu'un instrument du maître, est adoptée aujourd'hui par la majorité des auteurs ¹. Cependant, M. de Savigny ² enseigne une théorie toute contraire. Pour lui, le messenger pouvait avoir un rôle actif; il lui permet de débattre les conditions du contrat, de parler au nom du maître, enfin de contracter pour lui, et cela sans s'obliger personnellement comme le mandataire romain. En un mot, M. de Savigny introduit, au moins dans le dernier état de la législation romaine, la représentation dans les actes juridiques, contrairement au grand principe de la non-représentation admis jusqu'à ce jour par les romanistes de tous les temps. La discussion du système fort intéressant de M. de Savigny ne trouve pas sa place ici; toutefois, nous croyons que le Droit romain n'accorda jamais au *nuntius* la moindre initiative.

§ 2. — Nous arrivons à la deuxième forme des contrats entre absents : le contrat *per epistolam*.

La lettre missive est l'expression écrite, la peinture, si je puis ainsi dire, de la pensée de son auteur. Elle matérialise cette pensée et la fixe à demeure. Elle joue entre absents l'office de la parole entre présents, « *littera pro verbis*, » a dit Ovide. Lauterbach l'appelle une

¹ Demangeat *C. de Droit romain*, t. II, p. 298; — Van Wetter, *Droit romain*, t. I, § 207; — Vernet, *Textes choisis de Droit romain*, p. 191; — Molitor, *Les obligations*, t. I, § 53; — A. Girault, *Contrats par correspondance*, chap. I, section 1, § 20.

² De Savigny, *Droit des obligations*, traduction Hippert, t. II, § 56. — Le système de M. de Savigny est soutenu par M. Desnos, *De la représentation à Rome quant à la formation des contrats* (thèse), pp. 73 et suiv., et par M. Robert, *Contrats par correspondance*, pp. 72 et suiv.

deuxième langue : « *vicarium os, subsidiaria lingua.* » Possevimus traite l'échange de lettres de « conversation entre absents, » « *colloquium absentis ad absentem.* » Enfin Cujas ¹ exprime ainsi son rôle tout passif : « *epistola non contrahit, sed nuntiat dominum contrahere.* »

Nous allons dire quelques mots sur la forme des lettres à Rome ; puis nous ferons rapidement l'histoire des postes romaines. Il nous semble nécessaire de traiter ce dernier point dans une étude un peu complète sur les contrats passés à distance ; puis cela nous expliquera pourquoi le contrat entre absents, quoique devenant de plus en plus fréquent, n'acquit jamais à Rome l'importance qu'il a de nos jours.

§ 3. — Les lettres furent d'abord gravées, à l'aide d'une sorte de poinçon, sur de l'écorce, puis sur des tablettes enduites de cire ². Plus tard on les écrivit sur le papyrus. « Les feuilles de papyrus, dit M. Valéry ³, étaient pliées et fermées par un fil dont les extrémités étaient maintenues avec la cire vierge. Cette cire recevait l'empreinte du cachet de l'expéditeur, cachet qui formait en général le chaton d'une bague. » Ce sceau avait une grande importance pour la preuve de l'authenticité des lettres. Celles-ci, en effet, n'étaient jamais signées ; un grand nombre de textes le prouve ⁴. Mais les noms et de l'auteur de la lettre et de son destinataire

¹ Cujas, sur liv. IV, t. L, C. *si quis alteri*.

² Festus, V° *Tabellis*.

³ J. Valéry, *Revue générale du Droit, de la législation et de la jurisprudence*, première livraison, 1894, Les Contrats par correspondance dans le passé ; Formes de la correspondance épistolaire romaine.

⁴ L. 24, pr. — L. 26, § 2, D. *Depositi vel contra*, L. XVI, t. III ; — L. 62, pr. D. *Mandati vel contra*, L. XVII, t. I. — Etc.

étaient placés le plus souvent en tête de l'*epistola*, dans cette forme : *Lucius Titius Sempronio salutem* ¹.

§ 4. — L'origine des postes chez les anciens remonterait, d'après M. Hilpert ², au règne de Cyrus, fils de Cambyse I^{er}, roi des Perses, 500 ans avant J.-C. Elles auraient été créées par ce prince, pendant sa lutte contre les Scythes, afin d'être informé de tout ce qui se passait dans son empire.

Elles furent négligées par les Grecs.

A Rome, Tite-Live prétend qu'elles existaient dès les temps de la République. Ce qui semble certain, c'est que ce fut Auguste qui les établit sur des bases durables ³. Suétone semble le dire, et ce qui paraît le prouver c'est qu'Auguste, le premier, s'occupa de la création et de l'entretien des routes romaines. Les lettres furent d'abord confiées à de jeunes hommes légers à la course, et qui se relayaient dans des stations établies le long des routes. Puis, les porteurs furent remplacés par des chevaux et des chariots ⁴. Mais, malgré son nom de *cursum publicum*, le service postal était exclusivement réservé, à Rome, à l'Empereur et à ses fonctionnaires. Les particuliers contribuaient à l'entretien des postes sans en profiter.

A quels moyens recourait-on donc pour transporter la correspondance, n'ayant trait qu'à des intérêts privés ?

¹ Voir les deux premières lois citées à la note précédente.

² J. Hilpert, *Le messagiste*, pp. 6 et suiv.

³ Hilpert, *loc. citat.*; — R. Rousseau, *Traité de la correspondance par lettres missives et télégrammes*, § 213.

⁴ Ces chariots s'appelaient *angaries* ou *parangaries*, suivant qu'ils étaient destinés à parcourir les grandes routes ou les chemins de traverse (Hilpert).

On pouvait confier ce soin à des esclaves qui prenaient le nom de *celeripedes*, *tabellarii* (porteurs de tablettes), *servi a pedibus*, *cursores*. On pouvait remettre sa lettre à un ami ¹, un client, ou un voyageur que l'on savait aller dans le pays du destinataire ². Il existait aussi certains messagers publics qui, moyennant une récompense, *calciarium* ou droit de chaussure, se chargeaient de porter à pied les lettres missives. Enfin les *tabellarii* des gouverneurs de province ³ ou des fermiers publics ⁴ emportaient avec eux, contre salaire, les lettres adressées dans les pays qu'ils devaient traverser ⁵. Ces tabellaires, dit M. Valéry ⁶, « faisaient de ces lettres un paquet, *fasciculus litterarum*, qu'ils déliaient tout le long de la route. On peut rapprocher de notre expression : « Jeter une lettre à la poste, » l'expression de Cicéron ⁷ : *conjice epistolam in fasciculum*. »

§ 5. — Grâce à ces divers moyens de communiquer à distance, les contrats par correspondance augmentèrent peu à peu de nombre. Les nombreux textes du Digeste qui parlent des contrats passés *per epistolam*, et les écrits de Cicéron le prouvent. Malgré cela, le contrat par correspondance n'acquies jamais, à Rome, une importance comparable à celle qu'il a de nos jours, et il y a lieu de

¹ Cicero, *Ad attic.*, I, 16.

² Cicero, *Ad attic.*, I, 3.

³ Cicero, *Ad fam.*, III, 3.

⁴ Cicero, *Ad attic.*, V, 15 et 16.

⁵ J. Hilpert, *loc. citat.*; — Abadie, *De la propriété des lettres missives* (thèse), chap. I, § 1; — A. Girault, *Des contrats par correspondance*, chap. I, section I, § 20.

⁶ J. Valéry, *Revue générale du Droit*, etc., première livraison, 1894, Les contrats par correspondance dans le passé.

⁷ Cicero, *Ad attic.*, VIII, 5.

penser que, jusque dans le dernier état du droit, les parties, du moins quand il s'agissait de gros intérêts, préféraient se rencontrer que de traiter par lettres.

Il y a deux causes à ce fait : d'abord l'insécurité et la lenteur des communications, puis l'état du commerce.

La lettre présente sur le *nuntius* cet avantage qu'elle traduit plus fidèlement la pensée du maître, mais elle est moins discrète, elle parle aux yeux de tous.

Or, à Rome, où la délation fut toujours pratiquée, on n'osait pas toujours lui confier des choses importantes. Les routes étaient peu sûres, et une personne, qui avait intérêt à connaître le contenu d'une lettre, pouvait facilement faire saisir le porteur en cours de voyage ¹.

De plus, ce n'est que dans un pays où le service des postes est établi d'une façon durable et sévèrement réglementé, que la lettre rend tous ses services. A Rome, il n'y avait aucune régularité dans le service des *tabellarii*; souvent il fallait envoyer un esclave, et les frais de transport devenaient considérables. Quand le tabellaire n'allait pas juste au lieu d'habitation du destinataire, la lettre devait passer par plusieurs mains et s'égarait souvent; de plusieurs *epistolæ* écrites successivement, la dernière partie arrivait parfois avant toutes les autres. Enfin, l'insuffisance des moyens de communication entraînait une grande lenteur : M. Valéry cite une lettre, écrite par Tiron au fils de Cicéron, qui mit quarante-six jours à aller de Rome à Athènes ².

L'état du commerce s'opposait aussi à un développe-

¹ Cicero, *Ad Quintil.*, III, 9 ; — Cicero, *Ad attic.*, VII, 9.

² Cicero, *Ad fam.*, XVI, 21 ; — J. Valéry, *Revue générale du Droit*, etc., première livraison, 1894, Les contrats par correspondance dans le passé.

ment extrême des contrats par correspondance. Nous avons dit qu'il était peu en honneur à Rome : « *Nihil ingenuum potest habere officina ; nolo eumdem populum imperatorem esse terræ et portitorem,* » disait Cicéron.

La grande et la petite industrie existaient côte à côte. Mais la petite industrie était l'apanage des étrangers et des esclaves. Le citoyen romain, méprisant le travail, exploitait ses esclaves en leur faisant faire un commerce dont il touchait les bénéfices ; quand les besoins de l'entreprise exigeaient qu'une affaire fût traitée au loin, il envoyait un de ses esclaves conclure directement avec les tiers ¹. « De plus, le transport des marchandises étant lent et difficile, l'envoi d'échantillons avant le marché peu praticable, les négociants avaient intérêt à se déplacer ou à envoyer des représentants pour acheter ou vendre au loin ². »

Quant à la grande industrie, elle était aux mains de sociétés puissantes. Or, « en général, les associés n'habitaient pas tous la même ville, et chacun devait agir en vue de l'intérêt commun dans le lieu de sa résidence.... De la sorte, les contrats qui seraient intervenus entre diverses places si tous les associés, au lieu d'habiter des villes différentes, avaient demeuré au même endroit, ne prenaient pas naissance ³. »

Pour ces diverses raisons, le commerce à Rome ne donna pas lieu au nombre considérable de contrats par correspondance qu'il engendre chaque jour à notre époque.

¹ L. 1. §§ 3 et 4, D. *De exercitoria actione*, L. XIV, t. I ; — L. 13 pr., D. *De institoria actione*, L. XIV, t. III ; — Dufourmantelle, *Précis de législation industrielle*, Introduction historique, section II ; — J. Valéry, *loc. citat.*

² J. Valéry, *loc. citat.*

³ J. Valéry, *loc. citat.*

SECTION II

Formation du contrat par correspondance.
Consentement

§ 1. — Le contrat par correspondance, nous l'avons vu, n'est pas un genre spécial, mais bien une circonstance particulière, une manière d'être des contrats.

Tout contrat suppose essentiellement le consentement et la capacité des parties, un objet certain, une cause licite dans l'obligation¹. C'est seulement la façon dont le consentement se manifeste qui fait que le même contrat est entre présents ou entre absents. Nous avons dit, en effet, dans le paragraphe 3 de l'Introduction, que le contrat entre absents veut : 1° que les parties soient éloignées l'une de l'autre; 2° qu'un *tractus temporis* sépare la question de la réponse. Nous avons indiqué aussi quelle est la nature de cet éloignement juridique. Enfin, pour que ce contrat soit « par correspondance, » nous savons que l'intermédiaire entre les absents doit être la lettre.

Nous allons donc étudier, dans cette section, comment se produit entre absents le concours des volontés, la nature de l'offre et de l'acceptation; puis nous nous demanderons si la question de savoir à quel instant se forme ce contrat s'était posée à Rome. Nous rechercherons, dans la section suivante, quelles étaient les conventions susceptibles de se conclure par lettres.

§ 2. — Le consentement se compose de deux volontés concordantes : celle de l'offrant et celle de l'accep-

¹ Art. 1108, Code civil.

tant, *duorum vel plurium in idem placitum consensus* ¹.

Chaque volonté comprend deux éléments : l'un intentionnel, l'autre matériel. — L'élément intentionnel est ce que Javolénus ² appelle l'*animus contrahendi*. C'est une pensée intime, une résolution secrète que rien ne révèle au dehors. Cet élément est la base de tout contrat ³, mais ce n'est pas une volonté. Celle-ci n'existe, aux yeux du droit, que quand elle s'est manifestée, quand elle a pris une forme palpable. Jusque-là, on se propose de vouloir, mais on ne veut pas encore : *Voluntas in mente retenta, non est voluntas*. L'élément matériel, qui traduit la pensée au dehors, ce peut être une parole, un écrit, un simple geste ⁴.

§ 3. — OFFRE. — L'offre ou pollicitation est la première phase du contrat. C'est l'expression de la volonté de celui qui demande à contracter. Ce peut être une offre d'aliéner aussi bien qu'une offre d'acquérir. La nécessité d'une manifestation de la volonté de l'offrant s'impose.

Il est également évident que l'offre n'exprimant que la volonté d'une seule partie, *solius offerentis promissum* ⁵, ne peut à elle seule former le contrat : *ex nuda pollicitatione nulla actio nascitur* ⁶.

Par exception, certaines pollicitations étaient réputées à Rome obligatoires par elles-mêmes.

a. Il en était ainsi des pollicitations faites à l'État ou à une commune, à la condition que l'offre ait une *justa*

¹ Ulpien, L. 1, § 2, D. *De pactis*, L. II, t. XIV.

² L. 55, D. *De obl. et act.*, L. XLIV, t. VII.

³ L. 1, § 3, D. *De pactis*, L. II, t. XIV.

⁴ L. 38, D. *De obl. et act.*, L. XLIV, t. VII.

⁵ Paul, *Sent.*, V, 12, 9 ; — L. 3 pr., D. *De pollicit.*, L. I, t. XII.

⁶ Paul, *Sent.*, V, 19, 9 ; — Maynz, *Des obligations*, § 31.

causa ¹, par exemple le pollicitant a reçu ou va recevoir un honneur public ²; pour gratifier le peuple de jeux ou lui distribuer des vivres ³; pour indemniser l'État de la perte d'un monument public ⁴.

b. Bien plus, une pollicitation qui ne reposait pas sur une cause légitime était validée par un commencement d'exécution de la part du promettant : *Item, si sine causa promiserit, cœperit tamen facere, obligatus est qui cœpit* ⁵.

c. Est encore obligatoire, la promesse de consacrer quelque chose à Dieu, *votum* ⁶.

d. Est obligatoire la promesse de services, ou l'offre de présents, faites par l'affranchi à son patron, à l'occasion de son affranchissement, si elle est accompagnée du serment ⁷.

e. Enfin, on considère généralement comme telle l'offre de constituer une dot. On s'appuie pour cela sur la loi 6 au Code (*De dotis promissione vel nuda pollicitatione*, L. V., t. XI). M. Van Wetter conteste pourtant cette opinion; le mot pollicitation que l'on rencontre ici désignerait la convention dotale et non la promesse unilatérale de la dot; le but unique de la loi aurait été de dispenser de la forme de la stipulation ⁸.

En dehors de ces cas, le contrat ne se formait que

¹ D. L. 19 pr., *De donationibus*, L. XXXIX, t. V; — Accarias, *Précis de Droit romain*, t. II, § 643, note 2.

² D. L. 1, § 1; — L. 3 pr.; — L. 6, § 2, *De pollicit.*

³ D. L. 122 pr., *De legat. et fideicem*, L. XXX.

⁴ D. L. 4 et 7, *De pollicit.*

⁵ D. L. 1, § 2, *De pollicit.*; — Accarias et Maynz, *loc. citat.*

⁶ D. L. 2 pr., *De pollicit.*; — Maynz, *loc. citat.*; — Van Wetter, *Obligations*, L. III, § 224.

⁷ Gaius, II, 9, § 4; — D. L. 7 pr., §§ 1 et 3, *De oper. libert.*, L. XXXVIII, t. I.

⁸ Van Wetter, *Obligations*, L. III, § 224, note 25.

par l'acceptation de l'offre, et l'on ne faisait aucune distinction à Rome entre les contrats synallagmatiques et les contrats unilatéraux, étendant la règle même au cas où la pollicitation ne présentait qu'un pur bénéfice au destinataire. (L. 5, D. *De pollicit.*)

§ 4. — L'offre, en règle générale, n'étant point considérée comme obligatoire par elle-même, il en résulte : 1° Que son auteur en demeure maître et peut la révoquer tant qu'elle n'a pas été acceptée. 2° Qu'elle ne subsiste qu'autant que celui qui l'a faite peut continuer à vouloir ; dès lors qu'elle tombe par son incapacité ou sa mort.

§ 5. — Le proposant, avons-nous dit, peut rétracter son offre tant qu'elle n'a pas été acceptée : *ambulatoria voluntas ejus usque ad vitæ supremum exitum*¹. Cela ne souffre aucune difficulté entre présents, car la parole suit rapidement la pensée. Mais, entre absents, il faudra au pollicitant un temps plus ou moins long pour notifier au futur acceptant son changement de volonté ; d'où la question de savoir s'il suffit, pour que le contrat ne se puisse plus former, que le proposant change d'avis, ou s'il faut de plus que sa rétractation soit connue du futur acceptant.

Certains auteurs pensent, qu'à Rome, la révocation de l'offre faite n'était efficace qu'à partir du moment où son destinataire en avait pris connaissance². C'est du moins ce qui paraît ressortir de plusieurs textes aux termes desquels, dans le cas où les pouvoirs du mandataire

¹ D. L. 32, § 3 *in fine*, *De donation. inter vir. et ux.*, L. XXIV, t. I.

² E. Hepp, *Correspondance privée*, § 111 ; — Serafini, *Le Télégraphe*, pp. 39-40.

ont expiré par suite de la révocation du mandat, les actes passés par ce mandataire *dans l'ignorance de la cessation de ses pouvoirs*, conservent leur entière validité : « *Si mandassem tibi, ut fundum emerēs, postea scripsissem, ne emerēs, tu, antequam scias me vetuisse, emissem, mandati tibi obligatus ero*¹. » Or la lettre est un véritable mandataire. Donc la proposition ne tombera que lorsque la lettre, qui en contient la révocation, sera parvenue à la connaissance de son destinataire ; et par conséquent ce dernier pourra jusqu'à ce moment l'accepter.

§ 6. — Il est un cas où le pollicitant se trouve dégagé de plein droit, sans avoir besoin de rétracter ses offres ; c'est lorsqu'il a accordé un délai pour l'acceptation et que ce délai vient à expirer. Ce cas comporte plusieurs situations : le proposant peut évidemment se rétracter tant que la lettre, qui contient ses offres et la concession d'un délai, n'est pas connue du destinataire. Il est tout aussi évident que, le délai une fois expiré, toute acceptation serait de nul effet, car la pollicitation n'existerait plus. Mais, tant que le délai court, le proposant peut-il rétracter ses offres ? Je fais une distinction : Non, si le destinataire de la lettre d'offre a accepté le délai, car il s'est formé entre les parties une première convention irrévocable. Oui, s'il n'a pas été accepté, car en somme l'engagement qu'a pris le proposant de maintenir la pollicitation pendant un certain temps n'a que la valeur d'une offre, et comme telle ne saurait engager son auteur². Et je ne crois même pas, qu'à Rome, l'acceptation du délai pût s'induire du seul silence du futur

¹ D. L. 15, *Mandati vel contra*, l. XVII, t. I.

² Sic Van Wetter, *Obligations en Droit romain*, t. II, § 92, — Contra, R. Rousseau, *Lettres missives et télégrammes*, § 71.

acceptant ; car, nous l'avons vu, l'offre n'était pas réputée obligatoire par elle-même alors qu'elle ne procurait qu'un pur bénéfice au destinataire ¹.

De tout cela il résulte que la pollicitation s'évanouit, quand elle a été retirée, à condition que l'annonce de sa révocation parvienne en temps utile au destinataire, et en outre *ipso jure* à l'expiration du terme fixé.

§ 7. — Il se peut que la rétractation de l'offre, quoique reçue à temps, occasionne un grand préjudice au destinataire. Celui-ci, qui s'apprêtait à accepter la proposition, avait pu faire de grands frais pour se procurer les marchandises qu'on lui demandait, il avait pu subir des pertes, il avait peut-être refusé à de nouveaux acheteurs les objets qu'il croyait vendus, enfin ces objets avaient pu perdre une grande partie de leur valeur par suite d'une baisse des cours. Devait-il supporter ce préjudice ? Je ne le crois pas, car on ne peut lui imputer aucune faute ; l'empressement qu'il a mis à exécuter les ordres qu'il avait reçus, outre qu'il pouvait être nécessité par les circonstances, prouve plutôt en faveur de sa science des affaires et de son désir de satisfaire le demandeur. Le pollicitant, il est vrai, avait bien juridiquement le droit de révoquer son offre, tant que celle-ci ne serait pas acceptée, mais il

¹ V. *suprà*, même section, § 3, *Pollicitations obligatoires*. — Les usages modernes tendent à admettre l'irrévocabilité des offres, au moins pendant un certain temps, et à considérer la concession d'un délai comme obligatoire pour le pollicitant. Mais c'est là le résultat de l'extension des contrats par correspondance, et des besoins du commerce qui exigent la rapidité et la sûreté des conventions ; de plus, ce résultat nous semble contraire aux principes juridiques. En tous cas, nous croyons que de semblables idées n'avaient point dû trouver l'occasion de se produire à Rome.

ne faut pas que, par légèreté ou caprice, il puisse causer préjudice à autrui. Bien plus, en le supposant exempt de toute faute, il est encore responsable, car c'est par *son fait* qu'un tiers a été lésé; c'est l'application du vieux principe : *Nemo ex alterius facto prægravari potest*. Je crois donc, qu'à Rome, le pollicitant était tenu de réparer le préjudice que sa rétractation, même venue en temps opportun, avait pu causer au futur acceptant. C'était aussi l'opinion de Balde ¹ quand il disait : « *Puto tamen quod recipiens nuntium vel epistolam, si aliquas impensas fecisset vel damna habuisset propter nuntium vel epistolam ante scientiam vel certiorationem de pænitentia mittentis, ad expensas et damna posse agere* ². »

§ 8. — Ce que nous avons dit de la révocation volontaire des offres trouve également son application au cas de mort ou d'incapacité du pollicitant. Celui qui ne peut plus vouloir ne peut plus maintenir ses offres. La mort ou l'incapacité du proposant entraîne donc la révocation de la pollicitation. Ce cas présente plusieurs propositions.

Si le pollicitant meurt avant que ses offres soient parvenues à la connaissance du destinataire de la lettre qui les contenait, le contrat ne peut se former; il n'y a en droit jamais eu d'offres. « *Si epistola*, dit Straccha ³, *a te missa, mihi inscripta est, te mortuo cum mihi traditur, a me acceptari non potest*. »

Il en est de même au cas où le pollicitant meurt

¹ Balde, sur la loi 1, D. *Mandati* (XVII, 1).

² Sic Pothier, *Vente*, n° 32; — A. Girault, *Des contrats par correspondance*, chap. III, section 1, §§ 99 et suiv.; — R. Rousseau, *Lettres missives et télégrammes*, § 68.

³ Straccha, *De adjecto*, dernière partie, n° 8; — Sic Balde, sur la loi 1, D. *Mandati*; et *Surdus*, liv. I, cons. 136.

après que ses offres sont connues du futur acceptant, mais avant que celui-ci les ait acceptées ; car le concours des volontés est désormais impossible. *Mortui non est voluntas*. Et si les héritiers de l'offrant désirent le contrat, ils devront renouveler l'offre qui, jusque-là, n'existe plus aux yeux du futur acceptant.

Mais il est bien évident que, si le proposant n'est mort qu'après que sa proposition a été acceptée, ses héritiers sont liés envers l'acceptant, car ils ont trouvé dans le patrimoine de leur auteur un contrat parfait qui les oblige, comme il l'obligeait lui-même, en vertu du principe que l'on promet et que l'on stipule pour soi et pour ses héritiers ¹.

Une dernière question se pose : Le proposant était mort quand l'acceptation s'est produite, mais la nouvelle de sa mort n'est parvenue que plus tard à la connaissance de l'acceptant. Quelques auteurs disent : la volonté une fois exprimée doit être considérée comme la volonté actuelle de son auteur, et demeurer telle jusqu'à ce que la connaissance d'un changement dans cette volonté soit parvenue à l'autre partie ². C'est en application de ce principe, et en s'appuyant sur certains textes du mandat, qu'ils ont pensé, qu'à Rome, le destinataire de la lettre d'offres pouvait accepter la proposition, alors même qu'en fait elle n'existait plus, tant qu'il n'avait pas connaissance de sa révocation ³.

En vertu de cette idée, et d'après un nouveau texte

¹ Voir sur tous ces points : Molitor, *Les obligations en Droit romain*, t. I, § 48 ; — R. Rousseau, *Lettres missives et télégrammes*, §§ 66 et suiv. ; — E. Hepp, *Correspondance privée*, § 112 ; — Darquer, *Contrats par correspondance*, p. 35 ; — Serafini, *Le Télégraphe*, p. 40.

² Serafini, *Le Télégraphe*, pp. 38-39.

³ V. *suprà*, même section, § 5.

relatif au mandat, ces mêmes auteurs ont pensé aussi qu'en Droit romain, la mort du proposant ne suffisait pas à révoquer la proposition qu'il avait faite, mais que ce résultat ne pouvait être obtenu que par la notification de cette mort au futur acceptant ; d'où il résulterait que, jusqu'à cette notification, le destinataire de l'offre la pouvait accepter. Voici le texte qui sert de base à cette opinion : « *Sed utilitatis causa receptum est, si eo mortuo qui tibi mandaverat, tu, ignorans eum decessisse, executus fueris mandatum, posse te agere mandati actione : alioquin justa et probabilis ignorantia tibi damnum adferret* ¹. » « Il serait injuste, dit M. Hepp ², de faire supporter à l'acceptant les conséquences d'une ignorance légitime, et il faudrait tenir pour engagés par l'exécution du contrat les héritiers du défunt ³. »

Dans l'examen de ces diverses solutions, nous n'avons parlé que du cas de mort, mais les conséquences sont les mêmes lorsque le pollicitant est devenu incapable, quelles que soient d'ailleurs les causes de sa *capitis deminutio*.

§ 9. — Avant de terminer cette étude sur la pollicitation entre absents, je dirai deux mots de ce qu'on peut appeler « les offres permanentes. » Sont en état « d'offres permanentes » à l'égard du public, les gens qui, par l'enseigne de leur commerce ou de leur industrie, par les prospectus qu'ils distribuent, les affiches

¹ Instit., § 10, *De mandato*, L. III, t. XXVI.

² E. Hepp, *Correspondance privée*, § 112.

³ Je ne discute point ici la question, que nous retrouverons en droit français. J'expose simplement quelle était, d'après certains auteurs, l'opinion du Droit romain sur ce point. Un texte cependant semble la contredire, c'est la loi 2, § 6, D. *De donation*. (L. XXXIX, t. V.)

qu'ils font placarder, les tarifs qu'ils publient, s'engagent expressément ou tacitement à exécuter toutes les commandes. L'offre est générale, latente pour ainsi dire, et le contrat se ferme dès que l'acceptation d'un tiers vient s'y joindre. A Rome ces « offres permanentes » ne pouvaient guère résulter que de l'enseigne même de la maison, de l'exposé du prix sur les marchandises à vendre, ou de l'affichage d'un tarif.

Or, dans ces cas spéciaux, si fréquents aujourd'hui, le pollicitant, s'adressant au public tout entier, perd le droit d'accorder la préférence à tel ou tel, et de prendre en considération la personnalité de celui qui s'offre à accepter.

L'entrepreneur de transports, après avoir annoncé au public ses conditions de prix et de périodicité, ne peut pas refuser les voyageurs ou les marchandises qui se présentent, et cela, alors même que le nombre en serait trop petit pour le couvrir de ses dépenses. L'hôtelier, dans les mêmes conditions, est obligé d'accepter, en principe, toute personne qui vient lui demander un logement. « *Viatorem sibi eligere caupo vel stabularius non videtur nec repellere potest iter agentes* ¹. » Straccha dit de même ² : « *Negotiatoribus tabernam seu pergulam habentibus publice, non licet expellere accedentes emendi causâ.* »

Si nous avons parlé ici des « offres permanentes », c'est que le contrat auquel elles donnent naissance peut très bien se conclure entre absents. Par exemple

¹ Loi unique, § 6, D. L. XLIV, t. V.

² Straccha, *De mercator.*, première partie, n° 24 ; — *Sic Casaregis*, Disc. 92, n° 23. — Un texte d'Ulpien (L. I, § 4, D. *Nautæ caupones*, L. IV, t. IX) semble admettre une opinion contraire : « *... nam est in ipsorum arbitrium ne quem recipiant...* », mais ce système ne paraît pas avoir prévalu.

c'est une personne qui va entreprendre un voyage et qui apprend que dans telle ville un aubergiste offre des chambres à tant par nuit ; cette personne écrit à l'aubergiste pour lui retenir à l'avance un appartement. Voilà un contrat par correspondance et qui peut soulever la difficulté que nous venons d'exposer.

§ 10. — ACCEPTATION. — C'est la deuxième phase du contrat. Expression de la pensée de celui à qui l'offre était adressée, elle produit par son union avec cette offre le concours des volontés, et dès lors la convention (*cum venire*). — Le contrat est désormais irrévocable, et ne peut plus être dissout que par un mutuel dissentiment : « *Renunciare semel constitutæ obligationi, adversario non consentiente, nemo potest* ¹. »

§ 11. — L'acceptation peut être expresse ou tacite.

Expresse, elle a lieu en absents *per nuntium*, — ou *per epistolam* (c'est le cas des contrats par correspondance).

Tacite. Peut-elle résulter du seul silence du présumé acceptant ? Celui-ci n'a fait aucune réponse à la lettre d'offre, est-il obligé ? Non. L'Adage vulgaire « qui ne dit rien consent » n'a aucune valeur en Droit : « *Qui tacet, non utique fatetur, sed tamen verum est eum non negare* ². » Le silence n'est ni un acquiescement ni un refus d'accepter. Et il en est ainsi même dans le cas où le pollicitant aurait dit, dans sa lettre d'offre, qu'il considérerait le silence comme un consentement, car le destinataire ne peut être obligé malgré lui. Dès lors, ce destinataire reste maître de son choix, et il pourra accepter jusqu'à ce que le pollicitant ait révoqué ses offres. Si

¹ C. L. 5, *De oblig. et action.*, L. IV, t. X.

² D. L. 142, *De reg. jur.*, L. L, t. XVII ; — L. 8, § 1, *De procurat.*, L. III, t. III.

au contraire, le proposant a déclaré qu'il considérerait le silence prolongé pendant un certain temps comme un refus d'accepter, sa proposition se résout en une offre avec concession de délai. En ce cas, nous l'avons vu, la pollicitation tombe d'elle-même à l'expiration du délai.

De là il ressort que l'acceptation tacite ne peut résulter du seul silence, mais seulement de faits clairs, précis, manifestant péremptoirement la volonté de leur auteur : par exemple un commencement d'exécution ¹.

§ 12. — En disant que se taire, en Droit, n'est pas consentir, nous avons posé la règle générale. Il est pourtant des cas où le silence vaut acceptation, non par lui-même il est vrai, mais en raison des circonstances dans lesquels il se produit. Ces circonstances résultent toujours « d'une obligation présumée de s'expliquer, soit à cause de l'importance spéciale du rapport de droit : les rapports de famille par exemple ; soit à cause du respect dû à certaines personnes ; soit à cause d'une relation entre le silence actuel et des déclarations précédentes ². »

C'est ainsi que, quand un père fiance sa fille, le silence de cette dernière vaut consentement de sa part, et de même le silence du père quand sa fille se fiance elle-même ³. Le *paterfamilias* qui laisse son fils faire un emprunt ⁴, ou entreprendre un commerce avec son pécule ⁵, est réputé donner son consentement, et, dans

¹ Exemple : Acceptation du mandat par exécution, L. 6, § 2, D. *Mandati*, L. XVII, t. I.

² Savigny, *Traité de Droit romain*, t. III, § cxxxii.

³ D. L. 7, § 1 et L. 12 pr., *De sponsal.*, L. XXIII, t. I.

⁴ D. L. 12, *De senat. Macedon.*, L. XIV, t. VI.

⁵ D. L. 1, § 3, *De tribut. act.*, L. XIV, t. IV.

le deuxième cas, il devient de ce fait passible de l'action *tributoria*. Enfin des relations antérieures, existant entre commerçants habitués à traiter ensemble, peuvent donner au silence la force d'un acquiescement. C'est en ce sens que Casaregis a pu dire : « *Mercator recipiens epistolam et ei non contradicens censetur eam approbare.* » Mais il ne faut pas aller plus loin ; la profession du commerçant n'oblige point celui-ci à répondre à toutes les offres qui lui sont adressées, sous peine d'être réputé accepter toutes celles qu'il n'a point expressément refusées. Il faudrait un texte bien précis pour produire d'aussi graves conséquences, et il n'en existe aucun dans le Droit romain ¹.

§ 13. — Nous avons dit qu'il fallait une pollicitation et une acceptation pour que le contrat prenne naissance. Cela n'est pas suffisant : il faut encore que l'offre et l'acceptation de cette offre soient *concordantes*. Ce n'est que par cette conformité absolue de la demande et de la réponse que l'on obtient l'*in idem placitum consensus*.

Il est bien évident, tout d'abord, que si l'objet qu'on accepte est entièrement différent de celui qui a été offert, aucun contrat n'est possible : « *Si de alia re stipulator senserit, de alia promissor, perinde nulla contrahitur obligatio* ²..... » Il en serait de même si, la demande étant pure et simple, la réponse contenait un terme, une condition ou une alternative ³. Par contre, si l'offre portait sur plusieurs objets distincts, et que l'acceptation n'eût trait qu'à un

¹ Sur tous ces points, v. Van Wetter, *Les obligations en Droit romain*, t. II, § 92 ; — Savigny, *Traité de Droit romain*, loc. citat. ; — A. Girault, *Des contrats par correspondance*, § 117 ; — R. Rousseau, *Lettres missives et télégrammes*, §§ 73-74. — Etc.

² Instit. § 23, *De inutil. stipulat.*, L. III, t. XIX.

³ D. L. 1, § 3 ; — L. 83, § 2, *De verb. obligat.*, L. XLV, t. I.

ou quelques-uns d'entre eux, le contrat serait parfait à l'égard de celui-ci ou de ceux-ci. Car, il y avait là, en fait, autant d'offres, et il se formait autant de contrats que d'objets séparés : *Tot esse stipulationes quot res* ¹.

Il en serait pourtant différemment si l'on avait offert plusieurs objets en bloc, un ensemble de choses différentes mais volontairement réunies, et que l'on n'en eût accepté que quelques-unes. Dans ce cas, en effet, l'offre portant sur un ensemble, et l'acceptation sur plusieurs objets spécialement définis, il ne peut y avoir concours de volontés.

La difficulté ne naît vraiment que lorsque l'objet du contrat est une quantité que l'acceptation modifie, soit en l'augmentant, soit en la diminuant. Pierre m'écrit pour me proposer de me prêter 100 ; j'accepte de lui emprunter 50 ou 150. Le contrat est-il formé ? Et, s'il l'est, jusqu'à concurrence de quelle somme ?

Il y a, sur ce point, une contradiction entre les textes de Gaius d'une part, de Paul et d'Ulpien d'autre part.

D'après Gaius ², l'entente des parties, en ce cas, est impossible, parce que la demande et la réponse ne sont pas concordantes : « *Adhuc inutilis est stipulatio..... si sestertia decem a te dari stipuler et tu sestertia quinque mihi promittas.* »

Paul et Ulpien décident, au contraire, que le contrat est parfait jusqu'à concurrence de la moindre somme, et pour cela ils s'appuient sur ce que le moins est toujours contenu dans le plus : « *Quia semper in summis id, quod minus est, sponderi videtur* ³. » Ils ne font d'ailleurs

¹ D. L. 29 pr., *De verb. obligat.* ; — v. Instit., § 18, *De inutil. stipulat.*

² Gaius, III, § 102.

³ Paul, L. 83, § 3 ; — Ulpien, L. 1, § 4, D. *De verb. obligat.*

aucune différence suivant que l'on accepte plus ou moins que la somme offerte. Dans les deux cas, le contrat serait parfait jusqu'à concurrence du moins.

La divergence qui s'est produite entre ces auteurs résulte de la façon différente dont ils concevaient la somme, objet du contrat : pour Gaius, c'est un seul tout, un ensemble parfait, et dès lors on modifie l'objet si l'on veut lui ajouter ou en retrancher la plus petite partie. Pour Paul et Ulpien, la somme est composée d'autant de parts qu'elle renferme d'unités ; il y a donc non une offre unique, mais autant d'offres que de parts, et l'on peut aussi bien n'en accepter que quelques-unes que les accepter toutes ¹.

Il nous semble très difficile de se prononcer entre ces deux systèmes, car ils sont l'un et l'autre trop absolus. Il ne faut pas oublier, en effet, dans la conception que l'on se fait de l'offre, l'élément intentionnel ; expression de la volonté du proposant, l'offre est, en réalité, moins ce qu'elle paraît être que ce que le proposant a voulu qu'elle soit ; il faut donc rechercher si la quantité qu'il a fixée a ou non, à ses yeux, un caractère obligatoire. Pierre, sachant que j'ai besoin d'argent, offre de me prêter 100. Ce peut n'être là qu'un maximum qu'il a fixé et dans les limites duquel il me laisse libre de contracter pour le chiffre que je voudrai. Mais le prêteur peut parfaitement aussi ne pas vouloir diviser cette somme, parce qu'il ne veut avoir qu'un seul débiteur. Le système vrai nous semblerait donc être celui qui concilierait les deux idées, en tenant compte de l'intention du pollicitant.

Ces réflexions nous amènent à penser que la diver-

¹ Accarias, *Précis de Droit romain*, t. II, § 500.

gence qui résulte des textes de Gaius, de Paul et d'Ulpien n'est qu'apparente. Le commentaire précité de Gaius pose le principe général, principe incontestable et qui fut toujours admis, car nous le retrouvons exposé dans les Institutes de Justinien ¹. Ce principe même a dû longtemps régner en maître à Rome, parce qu'il s'accorde très bien avec le rigorisme du droit primitif. Je ne crois pas que Paul et Ulpien aient voulu le contester, mais ils y ont apporté des atténuations pratiques, en faisant la part de l'intention du pollicitant. Il est bien certain, nous l'avons vu, que souvent dans la pensée de l'offrant, le plus renfermera le moins, et dès lors le contrat pourra se former jusqu'à concurrence du moins; c'est, je crois, tout ce qu'ils ont voulu dire. Ce qui me prouve qu'ils n'ont point entendu poser un principe absolu, c'est qu'Ulpien lui-même considère dans un cas ² la somme d'argent comme un seul tout indécomposable, et non comme une quantité de pièces qui doivent être comptées. Cette interprétation est fortifiée par un texte du Digeste, dans lequel Pomponius ³ nous montre que le concours des volontés peut parfaitement se produire alors que l'acceptant a offert plus que n'a demandé le pollicitant, parce que l'intention des parties est évidente : « *Si decem tibi locem fundum, tu autem existimes quinque te conducere, nihil agitur. Sed et si ego minoris me locare sensero, tu pluris te condu-*

¹ Instit., § 5, *De inutil. stipulat.*

² D. L. 29 pr., *De verb. obligat.* « si pecuniam quis, quæ in conspectu est, stipulatus sit, vel acervum pecuniæ, non tot sint stipulationes, quot nummorum corpora, sed una stipulatio. »

³ D. L. 52, *Locati conducti*, L. XIX, t. II. Cependant Pomponius vivait avant Paul et Ulpien.

cere, utique non pluris erit conductio, quam (quantum) ego putavi.¹ »

Tout ce que nous venons de dire trouve aussi bien son application dans les contrats entre absents que dans les contrats entre présents. Ces difficultés naîtront le plus souvent, entre absents, dans le cas où les lettres d'offre et d'acceptation se sont croisées en cours de voyage, et sont parvenues à peu près en même temps chez les deux destinataires; par exemple : Pierre écrivait à Paul pour lui acheter le fond Cornélien moyennant 100 solidi, alors que Paul écrivait à Pierre pour le lui offrir à 90.

§ 14. — J'ai à peine besoin d'ajouter que, pour que le contrat se forme, il faut que les parties se comprennent : *Ut uterque alterius linguam intelligat* ².

Il résulte de là qu'une convention est parfaitement possible entre deux personnes éloignées, s'écrivant en langues différentes, mais pouvant se comprendre; et absolument impossible, si chacune des parties n'entend pas la langue de l'autre, et qu'elles n'aient aucun moyen de se traduire leur pensée ³.

§ 15. — Nous avons vu que l'offre pouvait être révoquée, soit par une manifestation de volonté contraire de la part de son auteur, soit par la mort ou l'incapacité du proposant. N'en était-il pas de même pour l'acceptation? La réponse à cette question dépend de la

¹ Voir sur cette question : Maynz, *Droit romain*, t. II, § 285; *Des obligations*, § 31; — Accarias, *Précis de Droit romain*, t. II, § 509; — Demolombe, t. XXIV, *Consentement*; — Massé, *Droit commercial*, t. III, 1456.

² D. L. A., § 6 *in fine*, *De verb. obligat.*; — Darquer, *Contrats par correspondance*, p. 34.

³ Inst., Princ., *De verb. oblig.*, L. III, t. XV.

solution que l'on donne à une autre, fort discutée aujourd'hui, celle de savoir à quel instant se forme le contrat entre absents.

Entre présents, la convention devient définitive au moment même où l'acceptation se produit; à ce moment les deux volontés coexistent, et de plus chacune des parties a connaissance de la volonté de l'autre. Mais, ces deux circonstances sont-elles indispensables, ou bien la première suffit-elle pour engendrer le contrat? Peu importe quand les parties se trouvent en présence, car au même moment le concours des volontés et la connaissance réciproque de ces volontés se produisent. Entre absents, au contraire, un *tractus temporis* plus ou moins long sépare l'instant de l'acceptation, de l'instant où l'offrant prend connaissance de cette acceptation. Voilà ce qui fait naître la difficulté. Admet-on que le concours des volontés est suffisant? Le contrat se formera lorsque le destinataire des offres manifestera sa volonté de les accepter, c'est-à-dire lorsqu'il écrira sa lettre d'acceptation. Exige-t-on de plus que le pollicitant ait connu la réponse? Le contrat ne se formera que lorsque cette réponse lui sera parvenue, et qu'il en aura pris connaissance.

Or, si l'on admet le premier système, il ne peut être question de révoquer l'acceptation, puisque la convention devient immédiatement définitive. Si l'on s'attache au second, au contraire, l'acceptation pourra être rétractée tant que le pollicitant ne l'aura pas connue.

§ 16. — Quelle était donc, sur ce point, la solution du Droit romain?

La plupart des nombreuses théories qu'a engendrées aujourd'hui cette question s'appuient ou plutôt essayent

de s'appuyer sur des textes romains. Aucun, malheureusement, ne semble avoir été chargé de trancher la difficulté.

M. Maynz ¹ pense que le lien obligatoire ne naissait que lorsque le proposant avait connaissance de l'acceptation. C'est qu'en effet, dit-il, « il ne suffit point de la simple coexistence des deux volontés; il faut de plus un rapport de causalité qui leur imprime le caractère obligatoire, et ce rapport ne saurait exister sans que chaque partie ait la conscience d'être obligée et d'obliger à son tour. » M. Abadie ² soutient la même opinion : « S'il faut en croire le témoignage de Cicéron (*De officiis*, II, 15), on ne pouvait, en effet, comprendre l'idée d'obligation sans l'idée d'échange. Un service rendu devait recevoir rémunération, et il ne pouvait y avoir obligation que s'il y avait certitude absolue que l'une des parties, après s'être obligée, obligeait l'autre à son tour. » Mais ce sont là des allégations qui ne reposent sur aucune base certaine.

M. de Savigny ³ soutient un système différent : à la question, où le contrat est-il intervenu ? il répond : « Je n'hésite pas à dire que le lieu du contrat est celui où la première lettre a été reçue, et d'où a été expédiée la réponse affirmative. » Et voici la raison qu'il en donne : « Celui qui a écrit la première lettre est censé s'être transporté chez l'autre partie et y avoir reçu son consentement. » Le prétendu transport du pollicitant chez l'acceptant nous semble bien difficile à admettre : pourquoi est-ce plutôt l'offrant qui est censé se déplacer

¹ Maynz, *Cours de Droit romain*, t. II, § 285 et note 10.

² Abadie, *De la propriété des lettres missives* (thèse), pp. 32-33

³ Savigny, *Traité de Droit romain*, t. VIII, § 371.

que l'acceptant? Lorsque l'offrant envoie sa proposition, il ne sait pas si elle sera agréée; dans le commerce, sur cent propositions en est-il dix d'acceptées? Il semblerait plus naturel d'admettre que c'est le tiers, que l'offre a séduit, qui est censé se transporter chez le pollicitant pour y contracter. D'ailleurs, l'une et l'autre supposition doivent être repoussées, car on ne peut expliquer la réalité par une fiction. Baldus¹ semble professer la même doctrine. « *Sed hic quæro ego nuntio vel epistola vendo fundum tibi existenti Bononiæ, ut te consentis ibidem: est hoc pacto volo agere; ubi intelligimus esse pactum ut sic agere possim? Respondi Bononiæ.* » Et il ajoute: « *Bononiæ est pactum; vere ibi medio organo contingitur consensus utriusque partis.* » Il admet donc que la simple coexistence des volontés suffit à engendrer le contrat, puisque le pacte s'est formé à Bologne où s'était produite l'acceptation (la question de temps et celle du lieu sont intimement unies). Baldus appuie son système sur la loi 9, § 1, D. *De auctoritate et consensu tutorum* (L. XXVI, t. VIII), et sur la loi 21, D. *De obligationibus* (L. XLIV, t. VII). Mais ces textes ne sont guère probants. Julien, il est vrai, dans la loi 21 *De obligationibus*, nous dit: « *Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur, in quo ut solveret, se obligavit.* » Mais il est probable qu'il n'a entendu établir qu'une simple règle de compétence et non trancher la question du temps et du lieu de la formation des contrats.

Le Dr Albert Kœppen² a présenté une théorie nouvelle qu'il appuie sur de nombreux textes du Digeste

¹ Baldus, *Commentaires* sur le Livre IV, titre iv au Code.

² Professeur à Würzburg.—V. *Revue de Droit international et de législation comparée* (de Gand), année 1872, t. IV, art. de A. Rivier, pp. 553 et suiv.

et du Code, et qui, d'après lui, aurait été celle du droit romain. Cette théorie repose sur une conception spéciale de la pollicitation. Pour M. Kœppen, l'offre serait *une convention sous condition d'acceptation*. « Dans ce système, dit M. A. Girault ¹, l'obligation proposée par le pollicitant est assez analogue à un legs, déferé d'abord par testament, puis accepté plus tard *quasi ex contractu*. » Cette théorie attribue donc un caractère obligatoire à la pollicitation unilatérale ; aussi la repoussons-nous comme ayant été celle du Droit romain, qui n'admit jamais, nous l'avons vu, que la promesse non encore acceptée pût obliger son auteur ².

Il nous reste à examiner une dernière théorie qui, au premier abord, paraît plus sérieuse parce qu'elle s'appuie sur des principes certains, admis par le Droit romain relativement au transfert de la propriété des lettres missives. D'après cette théorie, le contrat devient parfait lorsque l'acceptation devient irrévocable ; or cette irrévocabilité de l'acceptation se produirait au moment même où l'acceptant perd la propriété de sa lettre d'acceptation. Il ressort des textes, nous le verrons plus loin, qu'une lettre appartient à son destinataire à partir du moment où elle lui est remise, si le porteur était l'esclave ou le mandataire de celui qui l'a écrite ; ou à partir du moment où elle est remise au mandataire ou à l'esclave du destinataire. Ce sera, d'après le système que nous étudions, à l'un de ces deux moments, suivant

¹ A. Girault, *Contrats par correspondance*, § 72, pp. 99 et 100.

² D. L. 55, *De oblig. et act.*, L. XI. IV, l. VII ; — voir en ce sens : A. Girault, *loc. citat.* ; — Ch. Darquer, *Des contrats par correspondance*, pp. 75-76 ; — G. Cousin, *Des contrats entre absents* (thèse), § 54. — Nous reviendrons sur le système du Dr Kœppen quand nous discuterons, en droit français, les diverses théories sur l'instant de la formation des contrats entre absents.

les cas, que le contrat par correspondance se formera. La volonté de l'acceptant est matérialisée en quelque sorte dans la lettre qui la contient; aussi, quand le pollicitant acquiert la propriété de cette *epistola*, devient-il par là même maître de la volonté de l'acceptant; dès lors celle-ci est irrévocable, et le *vinculum juris* est né¹.

Les principes, que nous avons résumés en deux mots, sur le transfert de la propriété des lettres missives, sont exacts; mais les conséquences qu'on en tire ne nous paraissent point obligatoires. Nous contestons absolument que ce fait seul que la lettre change de propriétaire, rende irrévocable l'acceptation qu'elle contient. Que l'auteur de la lettre une fois qu'il en a perdu la propriété, ne puisse plus la reprendre, la faire disparaître, l'anéantir, cela va de soi. Mais qu'il ne puisse, en écrivant une nouvelle lettre par exemple, révoquer l'acceptation que renfermait la première, du moins tant que celle-ci n'est pas connue du pollicitant, voilà ce qui nous paraît exagéré. (Nous supposons bien entendu que la lettre d'acceptation a été remise au mandataire ou à l'esclave du pollicitant); quelle modification juridique dans la situation des parties, le changement de propriétaire de la lettre amène-t-elle donc? Ce n'est pas ce transfert qui manifeste la volonté de l'acceptant; cette volonté existait tout aussi claire, tout aussi précise, dès l'instant où son auteur l'avait transcrite sur le papier. Ce n'est pas non plus ce transfert qui a porté l'acceptation à la connaissance du proposant; celui-ci est bien devenu, *corpore alieno*, propriétaire de la lettre, mais il ignore son contenu. Enfin, nous l'avons dit, ce transfert

¹ G. Cousin, *Des contrats entre absents* (thèse), §§ 53-54; — Aubert, *Du contrat per nuntium* (thèse), moment et lieu de la formation du contrat *per nuntium*.

est insuffisant pour engendrer l'irrévocabilité de l'acceptation. La situation est donc restée la même, et suivant qu'on admet que la simple coexistence des volontés suffit, ou qu'on exige de plus la conscience réciproque de l'obligation, le contrat se formera au moment même de l'acceptation, ou seulement à l'instant que cette acceptation sera connue du pollicitant. Entre ces deux extrêmes, nous ne voyons pas la place d'un juste milieu, et surtout, nous ne saurions admettre que l'instant de la naissance du contrat dépendît uniquement de cette circonstance toute fortuite, à savoir que le porteur de la lettre d'acceptation est l'homme de son auteur ou celui de son destinataire.

Nous ne croyons donc pas que ce système, plus que les précédents, ait été celui du Droit romain ; ou plutôt nous pensons que la question ne s'était pas soulevée à Rome. En tous cas, nous le répétons, les textes ne nous fournissent aucune décision concernant cette difficulté ¹⁻².

SECTION III

Des contrats possibles entre absents

§ 1. — Nous avons vu que les contrats par correspondance n'étaient qu'une manière d'être particulière

¹ Maynz, *Cours de Droit romain*, t. II, § 285 note 10.

² La même question se soulevait lorsque l'intermédiaire des absents était un *nuntius*, au lieu d'une lettre. Mais là encore on est réduit aux suppositions, et, malgré que quelques auteurs aient prétendu qu'à Rome le messager était l'intermédiaire ordinaire entre personnes éloignées, nous croyons que la difficulté ne s'était pas plus présentée dans un cas que dans l'autre aux yeux des Romains.

des contrats ; nous avons étudié les conditions essentielles à leur validité. Nous allons rechercher, dans cette section, quels étaient à Rome les modes de s'obliger qui, n'exigeant pas la présence des parties, pouvaient se conclure à distance et au moyen de lettres missives.

Nous dirons aussi quelques mots sur les pactes et certains droits de famille entre absents.

§ 2. — A. CONTRATS CONSENSUELS. — Ce sont ceux qui « n'exigent rien en dehors du consentement considéré ici comme une cause suffisante d'obligation »¹. La manifestation des volontés y est dégagée de toute formalité ; ni la présence des contractants, ni une interrogation et une réponse en termes consacrés ne sont exigées. Le droit civil romain en reconnaît quatre : la vente, le louage, la société, le mandat. Nous savons que ce sont là les derniers nés de tous les contrats, et qu'ils ne se firent jour qu'assez tard, alors que le droit nouveau était enfin parvenu à secouer le joug du formalisme primitif. Malgré cela, nous en parlerons en premier lieu, parce que c'est dans ces contrats que le rôle de la lettre missive apparut tout d'abord, et qu'il fut toujours le plus important et le plus efficace. Il ne faut pourtant rien exagérer, et nous ne voulons pas soutenir, comme l'ont fait certains auteurs, que seuls les contrats consensuels furent possibles entre absents : « *Obligationes tantum quæ consensu perficiuntur, per epistolam quoque contrahi possunt, alie minime*². » La découverte du manuscrit de Gaius a renversé cette doctrine, puisque ce jurisconsulte reconnaît que le contrat *litteris* pouvait se conclure entre personnes éloignées³.

¹ Accarias, *Précis de Droit romain*, t. II, § 493 *in fine*.

² Bartole, sur la loi 5, D. L. L, t. XII.

³ Gaius, C. III, § 138.

De ce que, dans les contrats consensuels, le consentement est dégagé de toute forme, il résulte qu'il peut se manifester dans des lettres missives. C'est ce que disent les Institutes ¹ : « *Istis modis consensu dicitur obligatio contrahi, quia neque scriptura, neque praesenti omnimodo opus est, ac nec dari quidquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio; sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consentire. — Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistolam, vel per nuntium.* »

De nombreux textes confirment cette idée. Ce sont : pour les contrats consensuels en général, la loi 2, §§ 1 et 2, D. *De oblig. et act.*, L. XLIV, t. VII; pour la vente, la loi 1, § 2, D. *De contrah. empt.*, L. XVIII, t. I; pour la société, la loi 4, D. *Pro socio*, L. XVII, t. II; pour le mandat, Paul, *Sentent.*, I, 3, § 1; L. 31 pr., D. *De negot. gest.*, L. III, t. V; L. 1 § 1, D. *De procurat.*, L. III, t. III; L. 1 § 1; L. 34 pr., D. *Mandati*, L. XVII, t. I; L. 7, C. *Mandati*, L. IV, t. XXXV, etc.

§ 3. — A propos des contrats consensuels, nous sommes amenés à parler des *pactes*. — Le pacte peut être défini : « Tout accord de volontés ayant pour but immédiat de créer ou d'éteindre une obligation ². » Longtemps, à Rome, le consentement demeura dépourvu de toute force, tant qu'il n'était pas revêtu d'une forme solennelle ou accompagné d'un élément matériel, et ce fut un principe absolu que : *Ex pacto, actio neque nascitur. neque tollitur* ³. Mais le formalisme disparaissant peu à peu et des besoins nouveaux se faisant sentir, on admit à la règle quatre exceptions, pour la vente, le louage,

¹ Instit., L. III, t. XXII.

² G. Boujean, *Explication des Instit.* t. II, § 2886.

³ D. L. 6, *De pact.*, L. II, t. XIV.

la société, le mandat. La quatrième classe de contrats, les contrats consensuels, était née; mais ce ne sont, en somme, que des pactes que le droit civil a consacrés et munis d'actions.

Puis on s'écarta de plus en plus, et à mesure des nécessités, du principe primitif et de nouveaux pactes furent sanctionnés; mais, tandis qu'on considérait les quatre premiers comme des contrats, oubliant en quelque sorte leur origine, on laissa toujours aux nouveaux venus leur nom de pactes.

C'est le préteur qui fit les premiers pas dans cette voie, en déclarant d'une façon générale qu'il ferait respecter les pactes non contraires aux lois ni à la bonne foi. Toutefois, le préteur ne promettait d'agir que par voie d'exception, protégeant ainsi d'une façon absolue le pacte *de non petendo*, mais non le pacte *ad obligandum*¹.

Cependant certains pactes furent pourvus d'actions, et devinrent de véritables contrats, sans en porter le nom. Les uns furent consacrés par la loi où les constitutions impériales, comme le *receptitium*, le pacte de donation, la constitution de dot, etc...; on les appelle *pactes légitimes*. D'autres le furent par le préteur lui-même, comme le constitut, le serment extra-judiciaire, surtout le pacte d'hypothèque; on les appelle *pactes prétoriens*.

N'imposant, comme les contrats consensuels, aucune forme spéciale à la manifestation du consentement, les pactes pouvaient aussi se conclure *per epistolam*². Nous

¹ D. L. 7, §§ 4 et 7, *De pact.*; — Accarias, *Précis de Droit romain*, t. II, § 644.

² D. L. 2 pr., *De pact.*

allons examiner rapidement les plus importants d'entre eux.

§ 4. — *Pacte d'hypothèque.* — Pendant longtemps, le créancier, qui demandait des sûretés à son débiteur, dut recourir à l'aliénation fiduciaire ou au *pignus*. Mais ces deux moyens présentaient pour le débiteur le grave inconvénient de le priver de sa chose jusqu'à l'échéance; le second même inutilisait absolument cette chose, le créancier ne devant pas s'en servir sans y être autorisé, le débiteur ne le pouvant pas, faute de la détenir ¹. L'hypothèque présente, sur ces sûretés, l'immense avantage d'accorder au créancier toutes les garanties désirables et cela sans ôter au débiteur l'usage de l'objet qu'il donne en gage. Servius, le premier, admit que le fermier d'un bien rural pourrait affecter, à la sûreté de son prix de ferme, les instruments, bestiaux, meubles qu'il plaçait à demeure sur le fonds, et cela sans se dessaisir d'aucun. L'action qui, de ce fait, comptait au créancier pour se faire mettre en possession des objets engagés, en cas de non paiement, s'appela : *Actio Serviana* ². Le principe, une fois posé, ne tarda pas à se généraliser; on étendit d'abord aux héritages urbains ce qui avait été admis pour les biens ruraux; enfin un débiteur put, par une simple convention ³ et sans qu'il y eut tradition, affecter une chose quelconque en garantie de sa dette. Une nouvelle action fut créée sur le modèle de l'action Servienne et, pour ce motif, s'appela : *Quasi Serviana* ou *hypothecaria* ⁴. Un simple

¹ Accarias, *Précis de Droit romain*, t. I, §§ 284 et suiv.

² Instit., § 7, *De act.*, L. IV, t. VI; D. l. 32, *De pign. et hypothec.*, L. XX, t. I.

³ D. l. 4, *De pign. et hypoth.*

⁴ Instit., § 7, *De act.*

pacte suffisait à faire naître l'hypothèque au profit du créancier ; aucun déplacement de l'objet du gage, aucune forme solennelle, aucune inscription dans un acte public n'était exigée ¹. La convention d'hypothèque pouvait donc parfaitement se conclure à distance et par l'intermédiaire de lettres missives.

§ 5. — *Pacte de serment*. — Deux personnes, entre lesquelles n'existe d'ailleurs aucune instance judiciaire, ont une difficulté. Elles conviennent de trancher le différend par un serment. Cette convention est parfaitement valable, et les parties sont liées de telle sorte que celle qui doit prêter le serment ne peut pas le déferer à l'autre ², ni en modifier la forme convenue ³. Par la convention, le serment est devenu la loi des parties, et celui qui triomphe sera désormais protégé par l'exception *jurisjurandi*, ou pourra agir par l'action de *jurejurando* ⁴. Le pacte de serment, n'exigeant que le concours des volontés des parties, peut très bien se conclure par lettres. Quant au serment lui-même, on ne pouvait évidemment le prêter dans l'*epistola*. Pouvait-on même le faire prêter par un *nuntius* ? Cela a été soutenu ⁵, mais nous ne pouvons l'admettre. Le serment présente une solennité, un caractère religieux, et aussi une rigueur qui nous prouvent, en l'absence même de textes, qu'il exigeait à Rome la présence effective des parties.

¹ L'empereur Léon décida bien que l'hypothèque qui serait constatée par acte public, ou dans un acte privé signé de trois témoins, primerait toutes les autres, même de date antérieure (C. L. 11, *Qui pot.*, L. VIII, t. XVIII), mais il n'exigea point ces formes à peine de nullité.

² L. 17 pr., D. *De jur.*, L. XII, t. II.

³ L. 3, § 4 ; — L. 4, D. *De jur.*

⁴ Instit., § 4, *De except.*, L. IV, t. XIII, — § 11, *De act.*, L. IV, t. VI.

⁵ Aubert, *Contrat per nuntium* (thèse), Rôle du nuntius.

§ 6. — *Pacte de donation.* — Avant Justinien, la convention de donation ne procurait aucun droit au donataire; elle ne valait que par son exécution. Il décida qu'elle deviendrait par elle-même une cause suffisante d'obligation. Et le donataire fut muni d'une *conditio ex lege* pour obtenir la tradition ¹. La loi 6 au Code (*De donationibus*, L. VIII, t. LIV) déclare cette convention possible entre absents : « *Nec ambigi oportet, donationes inter absentes validas esse.* »

§ 7. — *Pacte de constitut.* — Le constitut, dérivé de l'ancien *receptitium*, est « une convention par laquelle quelqu'un prend l'engagement de payer à jour fixe une dette préexistante ². » Cette convention est sanctionnée par l'action *de pecunia constituta* ³. Elle n'était soumise à aucune forme spéciale, et par là même était possible entre absents ⁴. Plusieurs textes nous donnent des exemples de constituts conclus par correspondance ⁵.

Le pacte de constitut fut très fréquent à Rome. Cela tient à ce qu'il jouait en droit prétorien le même rôle que la stipulation en droit civil; or, il présentait sur cette dernière l'immense avantage d'être exempt de toute solennité et de se pouvoir conclure entre absents; « il constituait par suite une facilité considérable pour le commerce de Rome avec l'Italie et les provinces ⁶. »

Le premier service qu'il rendit fut de permettre aux parties de modifier le terme fixé par le contrat, soit en

¹ C. L. 35, § 5, *De donat.*, L. VIII, t. LIV.

² Accarias, *Précis de Droit romain*, t. II, Du pacte de constitut, § 721.

³ Instit., §§ 8 et 9, *De act.*, L. IV, t. VI.

⁴ D. L. 14, § 3; L. 15, *De pec. constit.*, L. XIII, t. V.

⁵ D. L. 5, § 3; L. 24; L. 26, etc., *De pec. constit.*

⁶ De Savigny, *Droit des obligations*, § 73 note 1.

le rapprochant, soit en l'éloignant ¹. Pour cela il suffisait d'un simple pacte qui pouvait s'établir entre absents, nous l'avons vu, par un échange de lettres. Pour arriver au même résultat, on était obligé jusqu'à de recourir à la novation, qui ne pouvait s'effectuer que par la stipulation, c'est-à-dire en présence des parties ².

Le constitut fut aussi une forme de cautionnement, et à ce titre il jouait, entre personnes éloignées, le même rôle que la *fidejussio* remplissait entre présents. J'emprunte un exemple à M. A. Girault ³ : « Titius veut, en s'engageant comme débiteur accessoire, garantir la dette d'autrui. La *fidejussio* lui est impossible, parce qu'il habite une contrée éloignée du domicile du créancier et que la stipulation ne peut pas se former entre absents. Sans doute, il pourrait par correspondance s'engager comme *mandator credendæ pecuniæ*, le mandat étant un contrat consensuel ; mais l'obligation principale est déjà formée. Un seul moyen s'offre alors à lui pour obtenir le résultat qu'il poursuit : c'est de faire un pacte de constitut (*constitutum debiti alieni*). »

§ 8. — Nous avons dit que les contrats consensuels et les pactes composaient le principal, mais non l'unique, terrain d'application du contrat par correspondance. Recherchons-donc qu'elles étaient, parmi les autres formes quiritaires de s'obliger, les conventions qui pouvaient se conclure par lettres missives ?

§ 9. — B. CONTRATS RÉELS. — Dans les contrats qui se

¹ L. 3, § 2, D. De pecun. constit.

² Accarias, *Précis de Droit romain*, t. II : Du pacte de constitut, § 722 ; De la novation, § 692.

³ A. Girault, *Des Contrats par correspondance*, § 19 in fine.

forment *re*, le seul consentement des parties est insuffisant pour engendrer l'obligation ; il faut de plus la tradition de la chose ; tradition translatrice de propriété dans le *mutuum* ; *nuda traditio*, dans le commodat, le dépôt et le gage ¹.

Bien plus, le tiers, que je charge de vous porter mon acceptation, ne peut pas vous livrer la chose où la somme objet du contrat ; ou du moins s'il le fait, il perd son rôle de simple *nuntius*. « En tant qu'il accepte la mission de transporter, de garder et de livrer la chose, il devient un mandataire, » dit avec raison M. Accarias ², et j'ajoute : un mandataire chargé d'une fonction juridique. Il en résulte que le contrat de dépôt, (c'est l'hypothèse de la loi précitée : 1, § 11, D. *Depositi*) se forme entre le porteur de la chose, devenu mandataire de son propriétaire, et le tiers, et non entre celui-ci et le propriétaire ; et nous n'avons plus qu'un contrat entre présents ³. Aussi peut-on dire qu'en réalité les contrats réels ne pouvaient se conclure entre absents, ni par lettre ni par messenger.

Toutefois il n'y avait à cette impossibilité qu'un obstacle : la tradition de la *res* ; s'il venait à disparaître, le contrat *re* pouvait très bien se parfaire *per epistolam*. Il suffit pour cela de supposer, et le fait est assez fréquent, que le tiers a déjà entre les mains la chose que je veux lui donner en gage ou en commodat, ou que j'ai l'intention de lui confier en dépôt. La tradition étant faite, le contrat sera formé par le simple concours des volontés,

¹ Accarias, *Précis de Droit romain*, t. II, Des contrats, § 493.

² Accarias, *Précis de Droit romain*, t. II, § 600 note 2 ; — D. L. 1, § 11, *Dep. vel. cont.*, L. XVI, t. III.

³ Molitor, *Les obligations*, t. II, § 787.

et celui-ci peut, nous le savons, résulter de l'échange de lettres missives ¹.

C'est relativement au *mutuum* que cette idée eut le plus de mal à triompher, et cela pour deux raisons : d'abord parce que le *mutuum* n'était pas en faveur à Rome, puis parce que la tradition qu'il exige est translatrice de propriété. Aussi admit-on longtemps que la *res* devait passer directement du patrimoine du prêteur dans celui de l'emprunteur. Un texte d'Africain ² nous montre combien le vieux principe eut de mal à recevoir des atténuations. On admit d'abord qu'il y aurait *mutuum* lorsque, créancier d'un tiers, je vous autorise à toucher ce qui m'est dû et à conserver la somme à titre de prêt. Mais, tandis qu'Africain ne voyait là qu'une décision de pure bienveillance, Ulpien ³ au contraire, « faisant intervenir ici l'idée d'une tradition *brevi manu*, concilie la pratique avec les principes : quand mon débiteur, dit-il, se sera acquitté entre vos mains, vous serez réputé m'avoir restitué la somme pour vous libérer, puis moi vous l'avoir de nouveau comptée à titre de prêt ⁴. » De même encore, alors qu'Africain ne voyait pas un *mutuum* dans le fait par moi de vous confier un objet quelconque, en vous chargeant de le vendre et d'en garder le prix à titre de prêt, Ulpien l'admettait au contraire, en l'expliquant aussi par une tradition *brevi manu* ⁵. Enfin on décida que, si mon mandataire me doit une certaine somme, comme reliquat des

¹ L. 28, D. *Depos. vel cont.*, L. XVI, t. III.

² L. 34 pr., D. *Mand.*, L. XVII, t. I.

³ L. 15, D. *De reb. cred.*, L. XII, t. I.

⁴ Accarias, *Précis de Droit romain*, t. II, Du *mutuum*, § 587.

⁵ L. 11 pr., *De reb. cred.*, L. XII, t. I.

comptes de sa gestion par exemple, nous pourrions convenir qu'il la gardera à titre d'emprunteur ¹. Dès lors, pourvu que son objet fût susceptible d'être donné en *mutuum*, toute obligation put, par une convention spéciale, être transformée en une obligation *ex mutuo* ². Or cette convention spéciale, s'appuyant sur une tradition feinte, se formait par le seul accord des volontés, dès lors était possible *per nuntium vel per epistolam*.

§ 10.—C. CONTRATS LITTERIS. — Dans ces contrats, comme dans les contrats réels, le simple concours des volontés est insuffisant pour engendrer l'obligation ; il faut de plus une inscription sur les *tabulae*, ou *codex*. La formule écrite est la véritable cause et le principe générateur du contrat. Il résulte de là qu'une convention *litteris* ne peut pas se parfaire *per epistolam* ; mais cela ne veut pas dire qu'elle est impossible entre absents, ni que les lettres missives ne peuvent y jouer aucun rôle. Tout au contraire, Gaius nous apprend ³ que ces contrats pouvaient se former entre personnes éloignées : « *Sed absenti expensum ferri potest.* »

On discute pour savoir si l'inscription devait se faire en termes consacrés ; puis si, de la part du créancier, il en fallait deux ou si une seule était suffisante. Sur ce dernier point, j'admets volontiers que le créancier devait écrire, dans une première colonne de son registre, comme *acceptum*, le montant de la dette qui s'éteignait ; puis dans une deuxième colonne, comme *expensum*, la nouvelle créance formée par l'écriture ⁴. Je n'entre pas

¹ L. 45, D. *De reb. cred.*

² Accarias, *Précis de Droit romain*, t. II, De *mutuum*, § 587 *in fine*.

³ Gaius, C. III, § 138.

⁴ Voir en ce sens : Accarias, *Précis de Droit romain*, t. II, Du contrat *litteris*, § 578 ; — Maynz, *Des obligations*, § 77.

dans ces controverses qui n'exercent aucune influence sur la formation du contrat *litteris* entre absents.

Une autre question plus importante se pose : A l'inscription du créancier sur son registre, une inscription corrélatrice du débiteur devait-elle nécessairement correspondre, et la preuve de la convention ne pouvait-elle résulter que de la comparaison des registres des deux parties ? Je crois, avec M. Accarias ¹, et contrairement à M. Maynz ², qu'aucune écriture n'était exigée du débiteur. Il pouvait assurément, par mesure d'ordre, faire l'inscription ; en fait, on la rencontre souvent ; mais ce n'était point une condition apportée à la naissance même de l'obligation : « *æque enim tabulæ condemnantur, ejus qui verum non retulit, et ejus qui falsum perscripsit,* » dit Cicéron ³. Les textes mêmes semblent n'exiger l'écriture que du seul créancier ⁴. Enfin la question que discutaient les jurisconsultes romains, pour savoir si les pérégrins pouvaient ou non contracter *litteris*, ne se serait évidemment pas posée s'il avait fallu des inscriptions réciproques, les pérégrins n'ayant jamais connu l'usage du *codex* ⁵. Ajoutons que, s'il en avait été autrement, il eût été presque inutile de constater, comme l'a fait Gaius, que le contrat *litteris* peut se former entre absents, puisque le créancier aurait été obligé, pour s'assurer de sa créance, d'aller vérifier les livres de son débiteur. Ce point établi, voyons comment le contrat *litteris* pouvait se conclure entre personnes éloignées.

L'opération qui s'effectuait sous cette forme était un

¹ Accarias, *loc. citat.*, § 577 ; — Sic A. Girault, *Contrats par correspondance*, § 46 ; — Paul Gide, *Observations sur le contrat litteris*, etc.

² Maynz, *loc. citat.*

³ Cicéron, *Pro Roscio*, *Orat.* III, § 1.

⁴ Gaius, C. III, §§ 129, 130, 137, etc.

⁵ Gaius, C. III, § 133.

prêt d'argent réel ou fictif : Titius, par exemple, me doit 100 sesterces, prix d'une vente ou d'un louage antérieurs ; d'accord avec lui, j'inscris sur mon codex la dite somme, d'abord comme *acceptum* à la colonne des recettes, puis, comme *expensum*, à la colonne des dépenses. L'obligation primitive s'évanouit *ipso jure*, et c'est en vertu d'une nouvelle cause, *litteris*, que mon débiteur est tenu envers moi. Il y a dans ce cas, *transcriptio a re in personam* ¹, parce que, les parties restant les mêmes, il n'y a que la cause de l'obligation qui change. Il y a, au contraire, *transcription a persona in personam* ², quand la personne du débiteur change ; dans ce cas, nous trouvons trois personnes en présence au lieu de deux : Par exemple Titius vous doit 100 sesterces, et vous me devez la même somme ; sur votre ordre, je porte dans mon registre les 100 sesterces, d'abord comme les ayant reçus de vous, puis comme les ayant pesés pour le compte de Titius, que vous m'avez délégué. De ce fait, vous êtes libéré envers moi, et Titius est engagé en vertu d'une obligation *litteris*.

Dans l'un et l'autre cas, la lettre pourra servir à transmettre les volontés des parties. Écrite par le débiteur, elle ira offrir au créancier la novation de l'obligation ou la délégation d'un nouveau débiteur. Émanée du créancier, elle avertira le débiteur que l'inscription est effectuée. Mais à elle seule, elle ne pourra engendrer le contrat, parce que rien ne peut suppléer l'écriture sur le *codex* ; l'inscription sur la lettre elle-même ne saurait produire l'obligation *litteris* ³.

¹ Gaius, C. III, §§ 128, 129.

² Gaius, C. III, § 130.

³ Cicéron, *Pro Rosc.* 1 à 5. Il ressort de ce passage de Cicéron que l'inscription ne peut être faite sur une feuille volante, ni sur un registre quelconque, mais sur le codex lui-même.

Quant à la preuve de la convention, le créancier la faisait en produisant son registre en justice (le débiteur n'avait point à produire le sien, car nous avons vu qu'aucune mention n'était exigée de lui) ; et en prouvant, d'une façon quelconque, le consentement du débiteur, par exemple en joignant à son livre la lettre dans laquelle le débiteur lui proposait la novation, ou lui notifiait son acceptation.

Le contrat *litteris*, et surtout la transcription *a persona in personam*, furent d'une utilité immense chez les Romains qui ne connaissaient ni nos effets de commerce, ni notre monnaie fiduciaire. « La transcription *a persona in personam*, dit M. Gide, pouvait se prêter dans la pratique aux applications les plus variées et servir tour à tour, soit à transférer et à faire circuler les créances, soit à ouvrir des crédits de place en place, soit enfin à acquitter les dettes en les soldant les unes par les autres, » elle jouait le rôle de nos lettres de change, de nos lettres de crédit, de nos clearing-houses ¹.

On peut se demander dès lors pourquoi, malgré ses services, le contrat *litteris* tomba si vite en désuétude. C'est que, ce qui sous la République exigeait une transcription solennelle, put, sous l'Empire, se faire par un simple échange de volontés. Le pacte de constitut, que nous avons étudié, a remplacé l'ancien contrat *litteris*, comme, dans bien des cas, il s'est substitué à la stipulation, parce qu'il conduisait aux mêmes résultats que ces contrats, et cela avec une forme plus simple ².

Une opinion assez généralement admise veut qu'il y ait eu à Rome, au moins dans les rapports des péré-

¹ Paul Gide, *Etude sur la novation*, pp. 440-441 ; *Observation sur le contrat litteris*, p. 14.

² Paul Gide, *Observation sur le contrat litteris*, pp. 22 et suiv.

grins entre eux, deux autres formes de s'obliger par l'écriture : les *chyrographa* et les *syngraphæ* ¹. Le *chyrographum* est un écrit unique, signé seulement du débiteur, et qui demeure entre les mains du créancier ; le *syngrapha* au contraire, est signé des deux parties et rédigé en double. Si c'étaient là vraiment des modes de s'obliger, ils n'exigeaient point, je crois, la présence des parties. Après que celles-ci se sont entendues, ce qu'elles ont pu faire par lettres missives, le débiteur rédige le *chyrographum*, le signe, et l'envoie, par lettre encore, au créancier ; ou bien l'une d'elles rédige le *syngrapha* en double, signe les deux exemplaires et les envoie à l'autre partie ; cette dernière les signe aussi, en conserve un, et renvoie l'autre à son cocontractant.

Dans ces deux cas, l'écrit renferme à la fois la preuve du contrat et le contrat lui-même. De plus, d'après une opinion ² à laquelle je me rattache volontiers, la lettre elle-même pouvait tenir lieu de *chyrographum*, émanant comme lui du débiteur et pourvu que celui-ci la signât. Il y aurait eu là dès lors un véritable contrat *litteris* passé *per epistolam*.

§ 11. — D. CONTRATS VERBIS. — C'est dans la stipulation, le plus important des contrats *verbis*, que les règles rigoureuses du formalisme primitif se maintinrent le plus longtemps. La stipulation romaine était un moule où l'on pouvait couler toutes sortes de conventions. Son avantage venait surtout, chez un peuple jeune, de ce qu'elle précisait les volontés, obligeait les consentements à s'exprimer clairement, évitait les erreurs. Elle

¹ Gaius, C. III, § 134 ; — voir Accarias, *Précis de Droit romain* (4^e édition), t. II, § 580, p. 223, note 1.

² Abadie, *De la propriété des lettres missives* (thèse), 2^e partie chap. I, § 2 *in fine*.

exigeait l'emploi de paroles solennelles; d'une interrogation et d'une réponse orales, et en termes consacrés¹. Il résultait de là que la présence des parties était indispensable à la formation du contrat *verbis*. Les textes en font foi².

Est-ce à dire que la stipulation fut toujours rigoureusement impossible entre personnes juridiquement éloignées l'une de l'autre? Non. Tout d'abord, l'absent avait un moyen de stipuler sans se déplacer, c'était d'envoyer un de ses esclaves à sa place. Ce dernier, qui ne trouvait pas en lui-même la capacité de stipuler, l'empruntait à son maître. Il interrogeait pour lui, recevait pour lui la réponse, et la créance était directement acquise au maître³. Ce procédé était même fort employé. Nous ne nous y arrêterons pourtant pas, parce que, quoiqu'il s'agisse d'un contrat passé entre absents, la correspondance ne pouvait y jouer aucun rôle.

Au début, alors que la stipulation était le plus rigoureuse, il n'y avait que les préliminaires du contrat qui pussent se faire par lettres missives. Avant de stipuler, les parties ont besoin de discuter les clauses de la convention, de se mettre d'accord. Entre absents, ces débats et cet accord pouvaient parfaitement se produire *per epistolas*. Entre présents même, pour préciser la convention, on établissait souvent par écrit une sorte de pacte préliminaire (*præfationes*) qui, d'ailleurs, n'avait par lui-même aucune force obligatoire. Seule-

¹ Instit. pr. et § 1, *De verb. obligat.*, L. III, t. XV.

² Gaius, C. §§ 136 *in fine* et 138; — Instit. § 12, *De inutil. stipul.*, L. III, t. XIX.

³ L. 1 pr., D. *De verb. obligat.*, L. XLV, t. I'. — Accarias, *Précis de Droit romain*, t. II, De la stipulation, §§ 497 et 506; — Maynz, *Des obligations*, § 75.

ment, dans les termes de la stipulation, au lieu d'énoncer tous les détails du contrat, on se bornait à interroger ainsi : *Ex omnia que supra scripta sunt, dari fieri spondes* ¹. Ces *præfationes* pouvaient, entre absents, être contenues dans des lettres missives.

Peu à peu, le contrat *verbis* perdit de sa rigueur primitive. Je n'ai point à parler ici de l'extension progressive des termes consacrés, ni de l'admission de la langue grecque, etc. Je constate seulement que, dès l'époque classique, l'usage s'était établi de rédiger par écrit le contenu de la stipulation. L'acte ainsi rédigé, ou *instrumentum*, renfermait d'ordinaire les diverses clauses et les conditions de la convention ; il était suivi de la formule obligatoire : interrogation du stipulant, réponse du promettant. Son but était de faciliter la preuve du contrat. Il procurait aux parties un avantage énorme en les dispensant de prouver qu'elles avaient réellement accompli toutes les solennités requises pour la stipulation. Par lui-même il faisait foi en justice ², et jusqu'à preuve contraire, de tout ce qu'il renfermait. Si donc il était inexact ou mensonger, c'était au défendeur qui voulait renverser la présomption qui en résultait, de prouver la fraude ou la simulation.

Si l'*instrumentum* constatait une stipulation qui, en fait, n'avait pas eu lieu, il suffisait au défendeur de prouver que les cocontractants n'étaient pas en présence, à l'instant désigné comme étant celui de la formation du contrat. Mais cette preuve, pouvant se faire de toutes façons, était trop facile ; aussi les débiteurs

¹ L. 134, § 1 ; L. 140 pr., D. *De verb. obligat.*, L. XLV, t. I ; — Accarias, *loc. citat.* (4^e édition), § 498, pp. 29-30, note 3.

² Instit. § 17, *De inutil. stipul.*, L. III, t. XIX ; — § 8, *De Fidejuss.*, L. III, t. XX.

de mauvaise foi en usaient-ils souvent pour faire tomber des stipulations qui avaient été très régulièrement conclues.

Justinien ¹, désireux de diminuer le nombre des procès, la restreignit; car nous dit-il : « *Hoc materiam contentiosis hominibus præbebat.* » Il ne suffit plus dès lors de démontrer que les parties ne se sont pas rencontrées le jour de la formation du contrat, mais bien que l'une d'elles, au moins, a passé cette journée entière loin du lieu désigné : « *In ipso toto die quo conficiebatur instrumentum, sese vel adversarium suum in aliis locis esse.* » Enfin, cette preuve ne pouvait être faite que par écrit ou par des témoignages dignes de toute foi : « *Vel per scripturam, vel per testes idoneos.* »

La conséquence de ces principes se déduit facilement. L'acte rédigé par les parties faisait foi absolue de tout ce qu'il contenait, par conséquent de la présence des contractants. Ceux-ci donc, tout en restant éloignés l'un de l'autre, pouvaient affirmer, dans l'*instrumentum*, que tel jour et en tel lieu ils avaient fait une stipulation. Et, pourvu qu'au jour indiqué, l'un et l'autre aient paru dans le lieu du contrat, sans même s'être rencontrés, aucune preuve n'était admise contre l'écrit. Voici un exemple : Je veux stipuler de Titius 100 sesterces; au lieu d'aller le trouver, je lui envoie, *per nuntium*, un écrit relatant les conditions, le jour et le lieu de la formation d'une stipulation imaginaire. Titius accepte. Je pourrai dès lors agir contre lui *ex stipulatu*. Titius se défendra-t-il en invoquant la non-réunion des contractants au moment de la stipulation?

¹ Dans une constitution datée des calendes 531 et adressée aux avocats de Césarée. Instit. § 12, *De inutil. stipulat.*; — L. 14, C. *De contrah. vel commit. stipul.*, L. VIII, t. XXXVIII.

Pour cela il faudrait le supposer de mauvaise foi ; et puis, nous avons vu que Justinien avait rendu cette preuve très difficile. Nous nous trouvons donc en présence d'un contrat qui produit, entre les parties, tous les effets de la stipulation, et qui est passé entre absents, *per nuntium*. Je crois même qu'il pouvait l'être *per epistolam*, et que la lettre missive pouvait tenir lieu de l'*instrumentum* dont nous venons de parler ¹.

Toutefois, remarquons-le, le vieux principe exigeant pour la validité de la stipulation la présence effective des parties, n'avait pas disparu ; seulement celles-ci avaient, en fait, un moyen d'y échapper. Mais ce n'était là qu'un procédé détourné, engendré par les besoins de la pratique ; il resta toujours vrai de dire que le contrat *verbis* était impossible entre absents ².

§ 12. — DROITS DE FAMILLE. — Ce point présente plusieurs questions intéressantes ; nous les indiquerons sans nous y attarder, parce qu'elles ne rentrent pas, à proprement parler, dans une étude sur les contrats par correspondance.

Fiançailles. — Les *sponsalia* se contractèrent tout d'abord sous la forme d'une stipulation. Dans la suite,

¹ Dans la loi 134, § 2 D. (L. XLV, t. I), Paul nous parle d'un contrat *verbis* passé *per epistolam* : Septicius a promis par lettre qu'il paierait la somme déposée chez Sempronius et les intérêts à 6 %. Paul nous dit que le contrat naît, quoiqu'il n'y ait point eu de paroles solennelles de prononcées. Il ajoute, il est vrai : « *si inter præsentes actum est*, » mais nous ne voyons pas pourquoi il en aurait été autrement entre absents ; il était plus grave d'admettre qu'une obligation *ex stipulatu* pût naître sans le prononcé des termes consacrés, qu'en l'absence des contractants. (De même, loi 1, C. L. VIII, t. XXXVIII.)

² V. sur ce point : Maynz, *Des obligations*, § 75 ; — Accarias, *Précis de Droit romain*, t. II, De la stipulation, § 498 ; — A. Girault, *Des contrats par correspondance*, § 47. Etc.

on se contenta du simple consentement des parties. Elles devinrent par là possibles entre absents, et les consentements purent se transmettre *vel per nuntium, vel per epistolam* ¹.

Mariage. — C'est une question fort discutée, de savoir si le mariage romain se formait par le seul concours des volontés, ou s'il exigeait quelque chose de plus. Trois opinions principales sont nées à ce sujet : 1° le mariage était un contrat purement consensuel ; 2° c'était un contrat réel, nécessitant la tradition de la femme au mari ; 3° il suffisait qu'en dehors des consentements, il se produisit un fait quelconque qui pût être considéré comme un commencement de vie commune.

Sans entrer dans la discussion, nous citerons ici deux textes qui nous donnent une solution. Le premier est un fragment dans lequel Paul (*Sent.*, L. II, t. XIX, § 8) nous apprend qu'une femme absente ne peut pas se marier, tandis qu'un homme absent le peut. Le deuxième est de Pomponius (L. 5, D. *De ritu nuptiarum*, L. XXIII, t. II) : « *Mulierem absenti per litteras ejus, vel per nuntium posse nubere placet, si in domum ejus deducetur : eam vero, quæ abesset, ex litteris vel nuntio duci a marito non posse : deductione enim opus esse in marito, non in uxoris domum, quasi in domicilium matrimonii.* » Il résulte de là que, si la femme est conduite au domicile du mari, celui-ci, absent de chez lui, peut lui écrire qu'il l'accepte pour épouse, et le mariage est définitivement conclu ².

¹ LL. 4, 5, 11, 18, D. *De sponsal.*, L. XXIII, t. I ; — voir Accarias, *Précis de Droit romain* (4^e édition), t. I, § 80, p. 193 note 2.

² Voir sur cette question : Accarias, *loc. citat.*, § 80 ; — Maynz, *Cours de Droit romain*, t. III, § 390 ; — Salivas et Bellan, *Eléments de Droit romain*, t. I, pp. 168 et suiv. ; — Lariche, *Explication des*

Divorce. — Le divorce pouvait¹ se produire *bona gratia*, c'est-à-dire du consentement mutuel des époux. Il pouvait donc avoir lieu *per nuntium, vel per epistolam*. Plus tard on exigea la signification d'un *libellus repudii*². Enfin la loi *Julia de adulteriis* décida, à peine de nullité, que la volonté de divorcer serait exprimée en présence de sept témoins, citoyens romains et pubères³. Nous croyons que le *libellus repudii* pouvait se faire par lettre missive; nous pensons même que, quand la présence des sept témoins fut exigée, ceux-ci purent se charger de la lettre de répudiation, et aller en donner lecture à l'époux répudié (aucun texte, en effet, ne réclame la présence des deux époux)³.

Dispositions de dernière volonté. — Jules César, le premier, admit la validité d'un testament fait *per epistolam*; mais il n'accorda la *libera factio testamenti* qu'aux militaires (L. 1 pr., D. *De testament. militar.*, L. XXIX, t. I). Justinien reproduisit cette disposition, mais en la restreignant aux militaires en cours de campagne (L. 17, C. *De testam. milit.*, L. VI, t. XXI).

L'apparition en Droit romain des codicilles et des fideicomis valida, dans certains cas, des dispositions de dernière volonté, contenues dans une lettre missive; pourvu que l'intention de tester résultât clairement des termes de l'*epistola* (L. 17, D. *De jure codicill.*, L. XXIX, t. VII; — L. 11, § 4; L. 37, § 4, D. *De legat. et Fideic.*, L. XXXII; — L. 1, C., *De codicill.*, L. VI, t. XXXVI; etc.)

Instil., t. I, §§ 434-435; — Du Caurroy, *Instil. de Justinien*, t. I, §§ 117 et suiv.; — Demangeat, *Droit romain*, t. I, pp. 233 et suiv.

¹ L. 6, L. 8 pr., C. *De repud.*, L. V, t. XVI.

² L. 9, D. *De divortiis*, L. XXIV, t. II; L. 35, D. *De don. int. vir.*, L. XXIV, t. I.

³ Voir sur ce point : Accarias, *loc. citat.*, §§ 97 4°, 98.

SECTION IV

**Force probante de la lettre. — Propriété. —
Inviolabilité**

§ 1. — Pour avoir une idée un peu complète de ce qu'étaient à Rome les contrats par correspondance, il nous reste à rechercher si l'on pouvait produire en justice les lettres missives, et en admettant l'affirmative, quelle preuve résultait de cette production. Cette question se trouve primée par une autre : celle de la propriété des lettres. Nous allons donc nous demander tout d'abord quel était le propriétaire de la lettre, et quelle était la nature de son droit de propriété.

§ 2. — Si nous recherchons dans les textes la réponse à cette question : quel était à Rome le propriétaire de la lettre missive ? il semble que nous nous trouvions en présence d'une controverse. La loi 65 pr. D. (*De acquir. rer. domin.*, L. XLI, t. I) nous dit, en effet : « *Si epistolam tibi misero, non erit ea tua, antequam reddita fuerit. Paulus : imo contra, etc.....* » Mais ce désaccord n'est qu'apparent. La diversité des solutions vient de ce que, dans le temps plus ou moins long qui sépare la rédaction de la lettre de sa réception par le destinataire, celle-ci peut passer dans plusieurs mains. Nous allons examiner ces diverses situations.

Premier cas. — *La lettre est entre les mains de l'expéditeur.* — Auteur et possesseur de l'*epistola*, l'expéditeur en est seul propriétaire tant qu'il ne s'en est pas dessaisi. Celle-ci n'est plus, à proprement parler, un *pro-*

positum in mente retentum, puisqu'il y a eu une manifestation extérieure de la volonté; mais son auteur n'en a pas moins sur elle le même droit de propriété absolu que sur tout autre objet lui appartenant. Il peut donc ou bien la détruire, ou l'envoyer au destinataire.

Toutefois, si l'expéditeur a écrit sa lettre sur le papier ou les tablettes d'un tiers, c'est ce tiers qui en est propriétaire. L'auteur de l'écriture ne pourra que se faire indemniser de la perte de son œuvre par une exception de dol¹, ou une action *in factum*², suivant qu'il sera ou non resté en possession du papyrus ou des *tabulae*. C'est ce que nous apprennent les *Institutes*³: «*si in chartis membranisque tuis carmen, vel historiam, vel orationem Titius scripserit, hujus corporis non Titius, sed tu dominus esse videris*..... » Toutefois il ne s'agit ici, croyons-nous, que de la propriété matérielle de l'écriture; quant à la propriété littéraire, elle demeurerait à l'écrivain⁴; celui-ci pouvait donc se faire autoriser, en cas de besoin, à copier le texte exact de sa lettre, et empêcher le propriétaire des tablettes de se prévaloir de leur contenu.

§ 3. — Deuxième cas. — *L'expéditeur s'est dessaisi de la lettre, mais le destinataire ne l'a point encore reçue*; en d'autres termes, la lettre est encore en cours de voyage. C'est l'hypothèse la plus complexe.

Dans la loi précitée (L. 65 pr., D. XLI, I), Labéon pose le principe : la lettre ne devient la propriété du destinataire que lorsque celui-ci l'a reçue. Il en résulte

¹ *Instit.*, § 33 *in fine*, L. II, t. I.

² D. L. 3, § 14, *Ad exhibendum*, L. X t. IV.

³ *Instit.*, § 33, L. II, t. I.

⁴ G. Bonjean, *Explication des Instit.*, t. I, § 966; — Accarias, *Précis de Droit romain*, t. I, § 261 et note 3

que, durant le parcours, elle continue à appartenir à son auteur. Le texte ajoute que Paul est d'un avis différent. Nous avons dit que la divergence n'était qu'apparente, et tenait à la diversité des hypothèses prévues.

Tandis que Labéon suppose que le porteur de l'*epistola* est l'esclave ou le mandataire de l'expéditeur, Paul se place dans le cas où le porteur est le mandataire ou l'esclave du destinataire.

Dans la première hypothèse, l'auteur de la lettre en garde la propriété, car il est supposé conserver l'*animus domini*, et de plus il continue à posséder par l'entremise de son mandataire ou de son esclave. Le destinataire n'en deviendra donc maître qu'à l'instant où il la recevra.

Dans le deuxième cas, au contraire, l'expéditeur perd la propriété de la lettre, dès le moment où il la remet à l'homme du destinataire. Et peu importe que le porteur soit le fils, l'esclave ou le *procurator* du destinataire, puisqu'on pouvait acquérir aussi bien *per liberam personam* que par une personne placée sous sa puissance.

Un texte d'Ulpien¹ confirme cette opinion : « *Quærendum est cujus sit epistola : utrum ejus qui misit, an ejus ad quem missa est ? Et si quidem dedi servo ejus, statim ipsi quæsita est cui misi ; si vero procuratori, æque, quia per liberam personam possessio quæri potest, ipsius facta est.* »

Il résulte de là que la propriété de la lettre, pendant le voyage, variait suivant que le porteur était l'homme du destinataire ou celui de l'expéditeur².

¹ D. L. 14, § 17, *De Furtis*, L. XLVII, t. II.

² Voir sur cette question : A. Legris, *Du secret des lettres missives*, § 32 et note 1 ; — R. Rousseau, *De la correspondance par lettres missives et télégrammes*, § 5 ; — Abadie, *De la propriété*

§ 4. — Troisième cas. — *La lettre est entre les mains de son destinataire.* Ce point ne souffre aucune difficulté. Une fois qu'il a reçu la lettre, le destinataire en est désormais l'unique propriétaire. Les principes et les textes précités le prouvent surabondamment.

§ 5. — Quant à la preuve de sa propriété, le destinataire pouvait la faire de toutes façons. Il trouvait même, pour cela, un moyen très facile dans la forme employée le plus ordinairement pour la correspondance romaine. En effet le nom du destinataire se trouvait, le plus souvent, inscrit dans le corps même de l'*epistola*, grâce à cette formule de politesse qui commençait la plupart des lettres à Rome : « Lucius à Titius salut ».

§ 6. — On peut se demander quel intérêt il y a à rechercher à qui appartient une lettre missive, de celui qui l'a écrite ou de celui qui l'a reçue ? Nous laissons de côté l'intérêt, réel pourtant, qui peut résulter de la valeur commerciale d'une lettre émanée d'un écrivain de talent, ou signée d'un homme célèbre. Notre question est très importante à d'autres points de vue : c'est le propriétaire de la lettre qui pourra en faire usage, par exemple la publier, ou la produire en justice ; ce qui peut avoir un intérêt considérable en cas de difficulté s'élevant entre l'expéditeur et le destinataire, ou si l'*epistola* présentait un caractère confidentiel.

Quels étaient donc à Rome les droits du propriétaire de la lettre ? Le silence des textes malheureusement ne permet pas d'arriver à une certitude sur ce point. Faut-il

des lettres missives, chap. II, section 1 (thèse) ; — A. Tissier, *De l'inviolabilité du secret des lettres*, p. 32 (thèse).

en conclure, comme on l'a fait ¹, que le propriétaire de la lettre avait sur elle les mêmes droits absolus que sur tout autre objet faisant partie de son patrimoine; c'est-à-dire le *jus utendi*, le *jus fruendi* et le *jus abutendi*? Nous ne le croyons pas, mais la difficulté est de savoir quelles exceptions atténuaient la règle en cette matière.

§ 7. — Que le destinataire de la lettre, une fois qu'il en est devenu propriétaire, puisse à son choix l'anéantir ou la conserver, cela va de soi. Il pourra même la détruire dans tous les cas, à moins bien entendu, qu'il ne se soit engagé à la conserver; et l'auteur de la lettre, qui avait peut-être intérêt à ce qu'elle ne fût pas déchirée, n'aura pas à s'en plaindre, car le destinataire n'a fait qu'user de son droit.

C'est qu'en effet la propriété des lettres missives présente un caractère particulier. Dans l'*epistola*, il faut distinguer la partie matérielle : tablettes ou papyrus avec l'écriture qu'ils contiennent; et le fond, c'est-à-dire le sens des signes tracés, les secrets qu'ils expriment. Or le destinataire est bien maître absolu de la matière de la lettre; mais son droit de propriété sur ce qui y est contenu est restreint, dans notre droit, par des règles spéciales. En était-il de même à Rome?

Le propriétaire de l'*epistola* pouvait-il la publier sans, ou même malgré la volonté de son auteur? Nous n'avons aucun renseignement sur ce point; ce qui se conçoit assez d'ailleurs, à une époque où l'imprimerie et le journalisme étaient inconnus et les livres fort rares.

¹ Abadie, *De la propriété des lettres missives* (thèse), chap. II, section II.

Connaissait-on à Rome le principe de l'inviolabilité du secret des lettres ? Oui, sans doute ; car, suivant l'expression de M. Tissier¹, c'est là un principe « qui, s'il n'a pas toujours été écrit dans les constitutions et dans les lois, l'a été de tout temps dans les mœurs et dans la conscience publique. » On se rappelle les énergiques paroles écrites à ce sujet par Cicéron, dans sa deuxième Philippique : « *Et etiam litteras, quas me scripsisse diceret, relevavit, in senatu homo humanitatis expers. Quid est hoc enim quam tollere in vita vitæ societatem ? Quam multa joca solent esse in epistolis, quæ probata si sint, inepta esse videantur ! Quam multa seria neque tamen ulla modo divulganda !* » Et autre part il dit encore² : « On est forcé de se taire sur les affaires publiques, le secret des lettres étant divulgué, et la liberté de tout dire ayant disparu. » Il ressort de ces textes que, si la règle était connue, elle était souvent violée. Or nous devons avouer que Cicéron, tout en flétrissant la pratique de son temps, n'en appelle point aux lois, et qu'il ne nous est parvenu aucun texte réprimant ce délit.

§ 8. — Quant au droit de produire les lettres en justice, il appartenait certainement à leur propriétaire. Nous avons vu qu'un grand nombre de contrats pouvaient se former par correspondance ; on comprend combien, dans tous ces cas, le droit de produire les lettres devant les tribunaux était important pour les parties qui, ayant traité à distance, n'avaient le plus souvent pas d'autres preuves à fournir.

Le possesseur d'une lettre jouissait-il du même droit

¹ A. Tissier, *De l'inviolabilité du secret des lettres* (thèse française), p. 6.

² Cicero, *Ad fam.*, XV, 16.

que son propriétaire ? Supposons qu'une personne ait entre ses mains une *epistola* dont elle n'est point le destinataire, pourra-t-elle s'en prévaloir et l'opposer en justice à son auteur ? On enseigne généralement la négative, en s'appuyant pour cela sur un texte d'Ulpien (L. 52 pr., D. *De pactis*, L. II, t. XIV). Voici, dit-on, l'hypothèse que prévoit ce texte : J'écris à Titius une lettre dans laquelle je lui déclare que Secundus est mon héritier. Cette lettre tombe entre les mains de Secundus ; il ne pourra pas, d'après Ulpien, la produire en justice pour prouver sa qualité de cohéritier¹.

Cette question, en droit français, est très discutée. On admet généralement qu'une lettre peut être produite en justice par un tiers contre son auteur, avec le consentement du seul destinataire, si elle ne présente point un caractère confidentiel ; avec le consentement et du destinataire et de l'auteur, si elle est confidentielle². Cette distinction entre les lettres qui ont et celles qui n'ont pas un caractère confidentiel était-elle connue des Romains ? Aucun texte ne permet de l'affirmer. Mais nous croyons, qu'en principe, un tiers pouvait produire en justice, contre son auteur, une lettre dont il n'était point le destinataire. Nous nous appuyons pour cela sur la loi 22 au Code (*De fide instrumentorum*, L. IV, t. XXI). D'après ce texte : « *Si postuletur ab aliquo in judicio, ut instrumentum non adversus seipsum, sed alium quemdam producat, quod alteri prosit, idque producere recuset, ut qui damnum inde metuat ;..... vult constitutio, ut is qui habet instrumentum, idipsum proferat, siquidem ex illius prolatione nihil ipse damni sensurus sit.....* » Nos

¹ Abadie, *De la propriété des lettres missives* (thèse), chap. II, section III.

² A. Legris, *Du secret des lettres missives*, §§ 100-101.

anciens auteurs professaient la même opinion : « L'une des parties plaidantes peut contraindre un tiers, contre lequel elle ne plaide point, à lui exhiber et communiquer les pièces qu'il a, et dont elle veut se servir contre sa partie, pourvu que les dites pièces ne puissent aucunement préjudicier à celui qui les a ¹. » Or, si l'une des parties peut forcer un tiers à produire en justice une pièce, et par conséquent une lettre, afin de l'opposer à son auteur, nous croyons qu'à fortiori elle pourra se prévaloir d'une lettre que son destinataire lui aura volontairement remise. Celui à qui une lettre est adressée, ayant le droit d'en disposer, peut certainement conférer ce droit à un tiers.

Il nous reste à repousser la loi 52 précitée, qu'invoque le système contraire. Nous croyons qu'on a tiré de ce texte beaucoup plus qu'il ne veut dire en réalité. Voici ses termes exacts : « *Epistola, qua quis coheredem sibi aliquem esse cavit, petitionem nullam adversus possessores rerum hereditarium dabit* ; » une lettre, dans laquelle une personne a déclaré qu'un tiers était son cohéritier, ne permet pas d'intenter la pétition d'hérédité contre les possesseurs des biens de la succession. Tout d'abord, ce texte ne dit pas d'une façon précise quel était le destinataire de l'*epistola* : or, la lettre avait pu aussi bien être adressée directement par l'héritier à son cohéritier, qu'à un tiers qui l'eût ensuite remise au prétendu cohéritier, afin que celui-ci pût la produire en justice. De plus, notre texte s'explique d'une façon très simple : Une personne qui veut exercer la pétition d'hérédité contre les *bonorum possessores*, doit prouver la qualité de cohéritier qu'elle allègue ; or, elle ne peut évidemment

¹ Despeisses, t. II, p. 530, n° 6.

faire cette preuve, en s'appuyant uniquement sur une lettre dans laquelle un héritier lui attribue cette qualité. L'*epistola* contient bien un aveu, mais cet aveu n'émane pas d'une personne qui avait autorité pour le faire. Peut-être l'héritier a-t-il été guidé par une pensée de libéralité à l'égard d'un tiers ; ce dernier doit donc, s'il a réellement la qualité de cohéritier, recourir à d'autres moyens pour la démontrer.

§ 9. — *Quelle preuve résultait de la production en justice des lettres missives ?* » Tantôt, croyons-nous, une preuve complète, absolue de la convention ; et tantôt seulement un commencement de preuves, qui pouvait devenir parfait grâce au concours de certaines autres circonstances.

En effet l'*epistola*, suivant l'expression de Cujas, « *non contrahit, sed nuntiat dominum contrahere* » ; « elle manifeste le consentement de son auteur, et dès lors elle prouve qu'il a consenti. Or, la réunion des deux lettres constituant le *duorum in idem placitum consensus*, la production de ces deux lettres en justice suffira à prouver l'accord des volontés.

De là il résulte que, pour tous les contrats qui n'exigent, pour leur formation, que le seul consentement des parties, la production des lettres fera preuve complète ¹.

Quant à ceux qui se forment *re, verbis* ou *litteris*, la seule production des lettres des contractants sera in-

¹ C'est ce qui nous semble ressortir de l'examen des textes : L. 7, C., *Mandati*, l. IV, t. XXXV ; — L. 62, D. *Mandati*, L. XVII, t. I ; L. 34, D. *De pignorat. act.*, L. XIII, t. VII ; et des autres lois que nous avons citées en recherchant quels étaient les contrats qui pouvaient se former par correspondance.

suffisante à prouver le lien juridique. Malgré cela, elle sera d'une grande utilité, car elle pourra démontrer que les formalités exigées ont été accomplies, que l'accord des parties s'est produit ; elle prouvera encore toutes les conditions du contrat, conditions de lieu, de temps, montant de la somme ou du prix, nature de l'objet de la convention et modalités qui l'affectent.

C'est ce que nous apprend Paul relativement aux contrats réels (L. 26, § 2. D. *Depositi vel contra*, L. XVI, t. III) : Titius avait écrit une lettre aux Sempronius, les informant qu'il était en possession de 10 marcs d'or, de deux plateaux et d'un sac cacheté qui leur appartenaient ; sur ces objets, il réclamait 10 qu'ils lui devaient, et 10 que lui devait leur père. Consulté sur la valeur de cette *epistola*, Paul répondit qu'elle n'engendrait aucune obligation, mais qu'elle pourrait servir à donner la preuve des objets déposés chez Titius : « *sed probationem depositarum rerum impleri posse.* »

De même, une stipulation ne pouvait se conclure entre absents ; mais, si les parties s'étaient réunies pour prononcer les paroles consacrées, une lettre pouvait servir à prouver soit l'accord des volontés, soit les clauses accompagnant la convention. (L. 134, § 2, D. *De verb. obligat.*, L. XLV, t. I. ; — L. 1, C. *De contrah. et committ. stipul.*, L. VIII, t. XXXVIII.)

§ 10. — La correspondance faisait partie de ce genre de preuve qu'on appelle *preuve littéraire* ; et les lettres missives rentraient dans la catégorie des *instrumenta domestica* ou *privata*. On opposait ceux-ci aux *instrumenta publica*, qui étaient déposés dans les archives et faisaient foi jusqu'à inscription de faux, et aux *instrumenta forensia*, qui étaient rédigés par un tabellion en

présence des parties et de témoins. Les *instrumenta domestica* ou *privata* étaient dressés par les parties elles-mêmes, en l'absence de tout officier public, le plus souvent en l'absence de témoins, et, pour les lettres, sans que les parties soient réunies. Toutefois, ces distinctions ne se firent guère jour que sous le Bas-Empire ¹.

Nous avons dit, qu'en certains cas, la correspondance suffisait à elle seule pour faire foi complète (*plena*) de la convention, et que, lorsqu'elle n'avait pas cette force, elle pouvait être encore d'une grande utilité, surtout pour prouver quelles étaient les conditions et la nature de l'objet du contrat.

§ 11. — Ceci nous amène à poser cette question : lorsque l'une des parties produisait en justice un écrit, par exemple un ensemble de lettres au moyen desquelles un contrat s'était formé, la preuve qui résultait de cet écrit ou de ces lettres pouvait-elle être combattue par témoins ? En d'autres termes, qui l'emportait à Rome de la preuve littérale ou de la preuve testimoniale ?

La question est très vivement discutée, grâce à plusieurs textes, en apparence au moins contradictoires. Nous croyons que la solution réside dans une distinction à faire suivant les époques.

Aux origines de tous les peuples, l'écriture étant peu employée, la règle « témoins passent lettres, » règne en maîtresse. Cela fut surtout vrai à Rome où, dans les premiers temps, tous les actes importants se faisaient publiquement et oralement ; et où toute convention exigeait la présence de témoins, et d'un fonctionnaire

¹ Accarias, *Précis de Droit romain*, t. II, § 776.

public, l'*antestatus*, qui leur touchait l'oreille (siège de la mémoire d'après les Romains), afin d'attirer leur attention sur l'acte auquel ils assistaient¹.

Que la preuve testimoniale l'ait d'abord emporté à Rome, cela ressort de nombreux textes, parmi lesquels je citerai : la loi 3, § 3, D. *De testibus* (L. XXII, t. V) : « *Item divus Hadrianus rescripsit, testibus, non testimoniis crediturum.....* » (*testimonium* est pris ici dans le sens de témoignage écrit) ; un passage de Cicéron (*pro Archia*. C. IV) ; enfin une Novelle de Justinien (Nov. 73, Cap. III) : « *.....ea quæ viva dicuntur voce et cum jurejurando ; hæc digniora fide quam scripturam ipsam secundum se subsistere.....* »

Mais, déjà sous Constantin, les deux preuves étaient placées sur la même ligne ; c'est ce que nous dit la loi 15 au Code, *De fide instrument.* (L. IV, t. XXI) : « *In exercendis litibus eandem vim obtinent tam fides instrumentorum, quam depositiones testium.* »

Enfin, l'écriture se répandant peu à peu, la preuve littérale finit par prévaloir. Cela ressort : d'un fragment de Paul (*Sentences*, V, 15, § 4) : « *testes, cum de fide tabularum nihil dicitur, adversus scripturam interrogari non possunt ;* » d'une constitution de Caracalla, restituée par Cujas d'après les Basiliques² : « *Contra scriptum testimonium, non scriptum testimonium non fertur* » (L. 1, C. *De testibus*, L. IV, t. XX) ; et de plusieurs textes du Digeste : L. 10, *De probation.* (L. XXII, t. III) : « Le sénat a décidé que les registres du dénombrement et les actes publics formaient une preuve plus

¹ Pline, *Histoire naturelle*, L. II, chap. xlv ; — voir Maynz, *Droit romain*, t. I, § 154 ; — Abadie, *De la propriété des lettres missives* (thèse), chap. II, section 1.

² Cependant, l'authenticité de ce texte est contestée.

authentique que les témoins ; » Loi 4, *De fide instrumentorum*, (L. XXII, t. IV) et Loi 4 *De pignoribus*, (L. XX, t. I,) écrites l'une et l'autre au sujet du pacte d'hypothèque : «*fiunt enim scripturæ ut quod acceptum est per eas facilius probari possit.....* »

Reste une difficulté résultant de la Nouvelle 73 précitée : Comment se fait-il que, si dès le temps de Paul, on admettait la prééminence de la preuve littérale sur la preuve testimoniale, Justinien donne le pas à cette dernière ? On pourrait peut-être expliquer cette divergence en disant que la vieille règle : « témoins passent lettres, » laissa des traces jusque dans le dernier état du Droit romain. Je remarque cependant que Justinien semble en général se défier beaucoup des affirmations des témoins : « *per quos multa veritati contraria perpetrantur*, » nous dit-il ¹ ; il exige toujours que ceux-ci soient dignes de toute foi (*omni exceptione majores — summæ atque integræ opinionis*). Enfin, dans un texte dont nous avons eu déjà l'occasion de parler ², il ne permet, contre un écrit, qu'une preuve très difficile ³, et qui elle-même ne peut se faire qu'à l'aide d'un écrit ou de témoins irréprochables. J'en conclus que Justinien admettait, lui aussi, en règle générale, que la preuve résultant d'un écrit ne pouvait pas être combattue par témoins. Seulement il a apporté dans la Nouvelle 73 une exception particulière à la règle ; ou plutôt, peut-être, il fai-

¹ C., L. 18, *De testibus*, L. IV. t. XX.

² A propos de la stipulation dans le droit de Justinien. — Instit., § 12, *De inutil. stipulat.*, L. III, t. XIX ; C., L. 14, *De contr. et commit. stipulat.*

³ Le défendeur doit prouver que l'une des parties a passé, en dehors du lieu désigné, la journée entière indiquée comme étant celle de la formation du contrat.

sait une distinction qui me semble ressortir du texte précité de Paul (*Sentences*, V, 15, § 4) : « *cum de fide tabularum nihil dicitur* ; » la preuve testimoniale n'aurait été possible contre un écrit, que lorsque la véracité, l'authenticité même de cet écrit était contestée.

§ 12. — Nous devons nous demander, avant de terminer, *quelles conditions de garantie devait présenter la correspondance pour être admise en justice* ?

Sur ce point encore les textes sont fort peu explicites.

Il y a tout d'abord un fait certain, c'est que, pour qu'une correspondance puisse faire preuve d'une convention, il faut que ses termes soient précis, et que la volonté qu'ont eue les parties de s'obliger y soit clairement manifestée. C'est ce que nous indique un fragment d'Ulpien (L. 12, § 12, D. *Mandati*, L. XVII, t. I) : « *Cum quidam talem epistolam scripsisset amico suo : Rogo te, commendatum habeas Sextilium Crescentem amicum meum, non obligabitur mandati : quia commendandi magis hominis quam mandandi causa scripta est.* » Il n'y a pas de contrat, parce que l'auteur de la lettre a simplement voulu recommander Sextilius Crescens à son ami. C'est là une question de fait qui est abandonnée, dans tous les cas, à l'interprétation du magistrat.

Il fallait encore que celui à qui on opposait la lettre reconnût volontairement son écriture, ou, qu'en cas de dénégation de sa part, il fût prouvé qu'elle était bien l'œuvre de son prétendu auteur. Le juge était libre d'admettre ou de rejeter cette preuve : *iudex aestimaturus* (L. 26, § 2 *in fine*, D. *Depositi*, L. XVI, t. III). Un passage des *Catilinaires*¹ nous indique comment se

¹ *In Catilinam oratio tertia*, V.

faisait la procédure en vérification d'écritures, au cas où l'identité d'une lettre était contestée.

Par contre, il n'était pas nécessaire que l'*epistola* fût signée. Les Romains, nous l'avons dit, n'avaient pas coutume d'apposer leur signature à la suite de leur correspondance. Enfin le jurisconsulte Scævola nous apprend que la lettre pouvait faire foi sans être datée ni scellée, (L. 34, § 1 *in fine*, D. *De pign. et hyp.*, L. XX, t. I) ¹.

¹ Voir sur ce point : J. Valéry, *Revue générale du Droit, de la législation*, etc., 1^{re} livraison, 1894 : Les Contrats par correspondance dans le passé ; Formes de la correspondance romaine.

Contrats par correspondance dans notre ancien droit. (Moyen âge.)

§ 1. — Nous avons dit que l'apparition des contrats par correspondance dénotait, chez un peuple, un degré de civilisation relativement avancé. Les causes qui se sont opposées pendant longtemps, à Rome, à l'admission même de cette idée qu'on peut contracter à distance, sans se voir et sans se parler, se retrouvent également à l'origine de notre Droit.

Nous avons indiqué quel avait été, en Italie, le caractère du formalisme, son influence sur la législation; quelle fut sa ténacité. D'une façon générale, on peut affirmer que le formalisme est un caractère commun à toutes les nations au berceau. Michelet, dans sa magnifique introduction, si pleine de poésie, aux Origines du Droit français, nous le montre au début de tous les peuples, dans un voyage rapide à travers le monde, de l'Inde à l'Allemagne, de l'Angleterre à la Judée¹. Il varie d'un pays à l'autre, suivant la combinaison des éléments qui constituèrent chacun, d'après son caractère particulier, son amour plus ou moins grand de la

¹ Michelet, *Origines du Droit français*, Introduction, pp. LXXIII et suiv.

nature, son sentiment plus ou moins religieux, ses goûts ou sédentaires ou nomades, son esprit poétique ou matérialiste ; mais, quelques formes que revêtent ses manifestations, il existe partout.

La France y fut aussi soumise. Mélange de peuples divers, elle dut à la variété de ses éléments une législation et un symbolisme « panachés. » Mais la nation française se fonda rapidement ; elle acquit de bonne heure une grande homogénéité, et son originalité ; et ce fut un caractère raisonneur, prosaïque, un peu railleur. Aussi le symbolisme et ses poétiques fictions ne fleurirent-ils guère en Gaule.

Les symboles que nous rencontrons dans notre Droit primitif sont, pour la plupart, d'origine étrangère ; de nationalité allemande surtout. Un petit nombre est vraiment autochtone ; ceux-là sont empreints de gaieté, quelquefois d'ironie ; ils ne se ressentent ni de la poésie hindoue, ni du mysticisme allemand ¹.

Malgré cela, le symbolisme et son succédané le formalisme exercèrent une certaine influence sur notre législation. Longtemps, la seule volonté des parties contractantes ne suffit pas pour engendrer le lien de droit. Cette volonté devait se matérialiser, devenir tangible par l'accomplissement de certains actes symboliques, ou tout au moins par le prononcé de termes consacrés qui, les uns et les autres, nécessitaient la présence effective des contractants. Aussi les contrats entre absents, et en particulier les contrats par correspondance, étaient-ils inconnus sous l'empire de la coutume primitive.

§ 2. — D'autres causes encore s'opposaient à leur

¹ Voir sur ce point : Michelet, *loc. citat.*

apparition : La Gaule ne profita pas longtemps des avantages que lui avait procurés la conquête romaine. Sortie peu à peu, au contact de la civilisation latine, de l'état de barbarie où elle était encore plongée, l'établissement des barbares en Occident l'y fit retomber tout entière. Le commerce et l'industrie disparurent. Les grandes routes, dont l'empire romain avait couvert le monde, ne furent plus entretenues, et les communications redevinrent très difficiles et peu sûres. Enfin l'ignorance envahit toutes les classes.

§ 3. — Cet état de choses ne devait guère se modifier pendant tout le moyen âge. En effet, le régime féodal était, en lui-même, un obstacle à tous les progrès, apportait une entrave à toutes les libertés.

Les seigneurs féodaux, maîtres absolus dans les limites de leurs domaines et jaloux les uns des autres, passaient leur temps à lutter contre leurs voisins, et à faire produire à leurs biens les plus gros revenus possibles, recourant pour cela à tous les moyens. La France se trouvait ainsi divisée en un nombre infini de petits Etats, ayant chacun à sa tête un chef qui avait le plus souvent droit de justice, droit de faire des ordonnances, d'établir des impôts, de fixer des péages, etc. — On comprend combien le commerce devait souffrir d'un tel état de choses, et combien les communications étaient difficiles à travers notre pays : « Les seigneurs féodaux, grands ou petits, dit M. Valéry ¹, considéraient le plus souvent les voyageurs

¹ J. Valéry, *Revue générale du Droit, de la législation et de la jurisprudence*, année 1894, 1^{re} livraison : Les Contrats par correspondance dans le passé ; les Contrats par correspondance au moyen âge.

comme une proie et une source de revenus; aucun ne s'inquiétait de l'entretien des chemins; mais tous songeaient à les hérissier de barrières et de postes à péages dont l'existence était une cause continuelle de dépenses, de retards et de vexations de tout genre. D'autre part, jusqu'à l'établissement des messagers de l'Université de Paris, au ^{xiv}^e siècle, il n'exista aucune organisation analogue à celle des *tabellarii* de jadis. L'expéditeur d'une lettre était donc forcément obligé, soit de recourir à l'obligeance d'un voyageur, soit de confier la missive à un exprès chargé, comme le *nuntius* romain, de la remettre lui-même au destinataire. »

Il n'y avait pas là seulement une cause de grands frais; mais encore le porteur de la lettre courait un danger permanent, beaucoup de seigneurs ne se faisant pas scrupule d'arrêter et de dévaliser les voyageurs.

Ces difficultés de faire circuler des lettres, d'envoyer des échantillons ou de transporter des marchandises, jointes aux formalités dont la plupart des coutumes entouraient la conclusion des conventions, obligeaient les marchands à mener une existence nomade : « *Tanquam viatores, causa mercandi.....* », disent les lettres de Jean, duc de Berri, lieutenant royal en Languedoc. Ils se réunissaient à plusieurs afin de faire face aux attaques incessantes dont ils étaient l'objet, et allaient de bourg en ville offrir leurs marchandises.

§ 4. — Nous avons cependant à citer, sous l'empire du régime féodal, deux faits importants qui devaient exercer sur l'avenir une grande influence, mais qui n'eurent point un effet immédiat, grâce aux temps troublés dans lesquels ils se produisirent : nous voulons

parler des *croisades*, qui créèrent des besoins nouveaux et firent apparaître le luxe en France, et de l'organisation du travail, des *corporations*, qui firent naître la sécurité dans le commerce et lui donnèrent sa première impulsion.

Les exactions de la noblesse augmentant sans cesse, grâce à la faiblesse des rois, et à l'impunité qu'assuraient le plus souvent aux seigneurs féodaux les murailles fortifiées de leurs châteaux, les artisans sentirent le besoin d'être protégés. Ils demandèrent cette protection à l'association, et le régime corporatif prit naissance.

Rapidement les corporations devinrent très puissantes, et engendrèrent de nombreux abus qu'il est impossible de nier. Mais ce qui est certain, c'est qu'à leur début, et en raison des circonstances qui les virent naître, elles rendirent d'immenses services à notre commerce. C'est la corporation qui délivra l'artisan des vexations dont il était l'objet, et qui lui donna la tranquillité dont il avait besoin; elle, qui permit au bon ouvrier de s'élever au rang de maître; enfin, si elle ne contribua pas à perfectionner les engins de la production, elle sut du moins élever et maintenir à un degré très satisfaisant la qualité de la marchandise.

§ 5. — Nous avons dit que le régime corporatif entraîna rapidement des abus; il avait produit la tranquillité de l'artisan et la perfection de la production, mais il tua la concurrence, ce stimulant indispensable à tout commerce et à toute industrie, pour qu'ils prospèrent.

Dès qu'elles furent devenues assez fortes, les corporations s'organisèrent pour le plus grand intérêt des

maîtres, laissant de côté les besoins de l'ouvrier et ceux du consommateur. Dans chaque ville, les maîtres avaient le monopole et de la fabrication et de la vente. Le conseil des syndics, jurés ou prud'hommes, réglementait les procédés de fabrication. Tout était minutieusement fixé : le nombre des maîtres dans chaque cité, le nombre des ouvriers et apprentis que pouvait employer chaque maître, les limites dans lesquelles devait se tenir chaque industrie afin qu'aucune n'empiétât sur les autres, la nature et la qualité de la matière première, les heures de travail, les prix de vente ¹. On comprend que, sous un tel régime, la concurrence intérieure était impossible. De plus, les maîtres ayant le monopole de la vente dans les villes qu'ils habitaient, les marchands étrangers ne pouvaient y venir faire leurs offres. Dès lors les consommateurs, ne connaissant que les commerçants de leur cité, n'avaient aucune occasion de traiter avec des personnes éloignées.

§ 6. -- Quelques tempéraments vinrent pourtant atténuer ces abus. Certains artisans échappèrent au domaine des corporations, et s'affranchirent pour travailler librement : c'est ainsi que le faubourg Saint-Antoine, à Paris, vivait sous le domaine de la franchise. Puis on établit de grandes foires périodiques qui permirent aux marchands étrangers de faire concurrence aux corporations. Ces foires sont d'origine très ancienne. Charondas le Caron ² en fait remonter la création aux

¹ Voir sur les avantages et les abus du régime corporatif, le Cours de législation industrielle (1^{re} année), de M. Cabouat, professeur à la faculté de Droit de Caen ; — Hervé-Bazin, *Traité d'économie politique*, Introduction historique ; — Dufourmantelle, *Précis de législation industrielle*, Introduction historique, sect. III.

² *Pandectes du Droit français*, L. I, p. 196.

Grecs, et nous apprend qu'elles existaient aussi à Rome sous le nom de « *nundinae* », parce qu'elles se tenaient de neuf en neuf jours. En France, les plus célèbres étaient celles de Lyon, Paris, Saint-Denis, la Brie, la Champagne, etc...

Malheureusement, le nombre des artisans vivant en franchise était une minorité trop petite, pour susciter aux corporations une concurrence sérieuse, et qui pût donner quelque essort au commerce ; d'un autre côté, l'établissement des foires était plutôt un obstacle à l'admission des contrats par correspondance. Ces foires, en effet, mettent en présence à des époques fixes le producteur ou le vendeur et le consommateur ; puis elles répondent à ce besoin, que j'ai signalé, qu'éprouvent les gens peu instruits de se voir, de discuter ensemble avant de contracter. Toutes les affaires de la région se traitent le jour de la foire et sur la place publique ; et longtemps à l'avance on réserve pour cette date les achats à faire, en prévision du choix inaccoutumé des marchandises. Enfin les marchands forains sont pour la plupart des étrangers, des nomades, dont on ne sait ni le nom ni le domicile ; aussi l'acheteur, alors même qu'il serait content de ce qui lui a été livré, est-il le plus souvent dans l'impossibilité d'adresser à son vendeur une nouvelle commande, dans l'intervalle de deux foires.

§ 7. — Ajoutons que l'agriculture eut beaucoup à souffrir sous la féodalité. Les campagnes étaient sans cesse ravagées par les invasions des Normands, et les guerres que se faisaient les seigneurs entre eux. Les serfs étaient constamment arrachés à leurs champs et à leurs moissons pour aller guerroyer sous la bannière de

leur suzerain. Aussi les chroniqueurs du temps nous ont-ils laissé les lugubres récits de plusieurs terribles famines.

§ 8. — En résumé, pendant le moyen âge, l'amour du luxe apparut en France à la suite des croisades, et notre commerce se perfectionna ; mais il devait attendre, pour recevoir un développement sérieux, une époque moins troublée et une ère de liberté plus grande. La difficulté des communications et l'impossibilité de la concurrence firent que les lettres étaient rares, en ce temps où les seigneurs se faisaient une gloire de leur ignorance ; et qu'on ne songeait point à y recourir pour contracter entre absents.

Nous devons pourtant constater qu'un grand pas fut fait dans cette voie, à la fin du ^{xiii}^e siècle. Le symbolisme avait alors à peu près disparu ; aussi, sous l'influence du droit romain et du droit canon, finit-on par admettre que des contrats pouvaient se former, indépendamment de toute formalité, par le simple concours des volontés. C'est ce qui ressort d'un passage des Clémentines qui traite du mandat donné par lettre missive ¹.

¹ *Clémentines* ; Recueil de Décrétales promulgué par le pape Clément V (1317) ; — Voir J. Valéry, *Revue générale du Droit*, etc., année 1894, 1^{re} livraison ; Les Contrats par correspondance dans le passé ; Les Contrats par correspondance au moyen âge, *in fine*.

III

Contrats par correspondance dans les temps modernes. (Fin du moyen âge — jusqu'à la Révolution.)

§ 1. — Nous avons dit que la fin du moyen âge avait vu apparaître, en France, ces contrats que les Romains appelaient consensuels, *quæ solo consensu perficiuntur*. Les contrats par correspondance ne devaient pas tarder à naître et à se multiplier : il suffisait pour cela que le commerce, en se développant, fit sentir le besoin de conclure des conventions entre personnes éloignées, et que les communications, devenant plus faciles, rendissent l'échange des lettres missives plus rapide et moins coûteux.

Ce fut l'œuvre des temps modernes.

§ 2. — La chute de la féodalité rendit à la France le calme et la sécurité ; aussi le commerce commença-t-il à prospérer.

Les xv^e et xvi^e siècles sont l'époque des grandes inventions et des grandes découvertes. Gutenberg imprime son premier livre en 1455. Les canaux à écluses sont inventés en 1481, apportant une diminution considérable dans les frais de transport soit des voyageurs, soit

des marchandises. Enfin la boussole est découverte à la fin du xv^e siècle, et les voyageurs Portugais et Espagnols d'abord, puis des autres nations européennes, se lancent à la conquête du monde. Christophe Colomb découvre l'Amérique en 1492. Vasco de Gama double le cap de Bonne-Espérance en 1497. Magellan entreprend le premier voyage autour du monde en 1519.

On comprend quelle impulsion ces découvertes, et l'ouverture de relations entre l'ancien et le nouveau monde, devaient donner au commerce européen.

En France, Louis XI encouragea l'industrie. Il établit à Paris la première imprimerie, s'occupa de l'exploitation des mines, introduisit en France la fabrication des soieries, créa plusieurs foires franches, et supprima en Languedoc le vieux droit d'aubaine.

Malheureusement les guerres de religion vinrent à nouveau jeter le trouble dans notre pays. A la fin du xvi^e siècle, le trésor public était vide, le commerce interrompu, l'agriculture abandonnée.

§ 3. — La paix étant rentrée en France, Sully songea le premier aux réformes qui s'imposaient. Il donna tous ses soins à l'agriculture qu'il fit prospérer : « Le labourage et le pastourage, disait-il, voilà les deux mamelles dont la France est alimentée, les vraies mines et trésors du Pérou. »

Ce que Sully avait fait pour l'agriculture, Colbert le fit pour l'industrie. Il fonda des manufactures royales et attira en France des étrangers. Il restaura notre marine marchande, construisit des routes et creusa des canaux. Enfin il couvrit la France d'industries nouvelles ; c'est à cette époque qu'on vit s'établir les grandes fonderies, les fabriques de glaces, de faïences, de cor-

dages, de toiles à voiles, de tapis, de draps, de dentelles, etc...

Pourtant la grande industrie ne vivait pas encore sous le régime de la liberté. Il fallait, pour établir une manufacture; obtenir une concession royale. Cela résultait de ce que, tandis que la grande industrie échappait à l'organisation des corps de métiers, la petite industrie était demeurée soumise au régime corporatif. Or, les rois s'étaient arrogé des droits sur les corporations, mais en échange ils s'étaient engagés à les protéger. Ils devaient donc exercer une surveillance sur les manufactures, afin de les empêcher de fabriquer des produits similaires à ceux des corporations ¹.

Nous devons ajouter qu'après avoir résisté longtemps au mouvement qu'avaient donné les Portugais et les Espagnols, la France finit par comprendre tout l'avantage qu'elle pourrait tirer, pour son commerce, de l'établissement de colonies. C'est au commencement du xvii^e siècle seulement, avec Henri IV, qu'elle entra dans cette voie. Samuel Champlain fonda dans l'Amérique du Nord la belle colonie du Canada que nous n'avons pas su conserver. Richelieu continua l'œuvre, et sous sa protection, le cadet de Normandie d'Esnambuc établit d'une manière durable la puissance française dans les Antilles. Et depuis lors, la France n'a cessé de suivre cette ligne de conduite.

§ 4. — Il nous faut signaler, à la fin du xvii^e siècle, un fait qui eut, sur la politique générale de l'Europe, une très grande influence : le Congrès de Westphalie,

¹ Cours de législation industrielle, de M. Cabouat, professeur à la faculté de Droit de Caen, 1^{re} année, *Histoire des classes ouvrières*.

(24 octobre 1648). Ce congrès, le premier, proclama le principe de l'indépendance et de l'égalité des États, et mit en lumière l'idée, nouvelle alors, de la confraternité des peuples. Il n'eut pas pour conséquence, sans doute, d'étouffer pour l'avenir le germe de toutes les guerres ; mais il força les peuples à rompre avec leur ancienne politique d'égoïsme et d'isolement, et leur montra que les nations, comme les hommes, ne peuvent vivre les unes sans les autres.

En établissant ainsi sur des bases durables les rapports de peuple à peuple, le congrès de Westphalie a donné naissance à toutes les unions internationales qui se sont multipliées depuis lors ; et par là, il a procuré au commerce international un immense développement. C'est à ce titre que nous avons cru devoir en parler ici.

Le traité d'Utrecht (11 avril 1713) et le Congrès de Vienne (19 mars 1815) ont repris les mêmes idées et produit, à des époques plus récentes, des résultats identiques ¹.

§ 5. — En même temps que le commerce prenait de l'extension, et sans doute en raison des besoins qu'il faisait naître, les communications devenaient plus faciles. Nous avons déjà parlé de la construction des canaux à écluses, il faut ajouter l'établissement des messageries, les uns et les autres assurant le transport plus rapide et moins coûteux des voyageurs et des marchandises. Enfin, l'instruction se généralisant, les lettres devinrent plus communes et les rois durent fonder la *poste aux lettres*.

¹ G. Bry, *Précis de Droit international public*, Introduction, pp. 26, 27.

Charlemagne établit trois postes publiques, se dirigeant l'une vers l'Italie, l'autre vers l'Allemagne, la troisième vers l'Espagne. Les courriers prenaient le nom de « *veredarii* ». Mais on croit généralement qu'il ne s'agissait là que de la poste aux chevaux, et non du transport des lettres.

Louis X autorisa l'Université de Paris à fonder des messageries et des postes pour son service. A cette époque, Paris seul possédait une université ; aussi les maîtres et les « *escholiers* » y affluaient-ils de toutes parts. On dut bientôt s'occuper de leur fournir les moyens d'entretenir des relations avec leurs familles, et de se procurer les secours dont ils avaient besoin. De là l'établissement de messagers, ayant pour but de porter les lettres ; l'argent et les bagages des maîtres et des écoliers. Les messagers de l'Université comprenaient *les grands messagers*, chargés spécialement du service des maîtres et des écoliers ; ils devaient être citoyens de Paris, et leur nombre était limité à un par diocèse français et étranger ; puis *les petits messagers* ou *messagers ordinaires*, en nombre indéfini et créés à mesure des besoins des localités.

Louis XI comprit que les affaires de l'État devaient être séparées de celles des écoliers. Il créa des postes royales qu'il rendit *ordinaires* et *perpétuelles*, par des lettres patentes datées du 19 juin 1464, et portant « institution de certains coureurs et porteurs de dépêches en tous lieux du royaume, pour la commodité des affaires du royaume et la diligence de son service ». Quelques années plus tard, le public fut appelé à en profiter.

Une déclaration royale du 6 octobre 1546 fait défense aux particuliers d'écrire « aucunes lettres et avertisse-

ments en chiffres, caractères ou surnoms supposés. »

Deux édits, l'un d'Henri III, de 1576, l'autre d'Henri IV, de 1597, réglementent les privilèges des maîtres de postes et créent des relais de chevaux.

Sous Louis XIII, les départs des courriers, qui jusque-là n'avaient lieu que lorsque les besoins du service de la cour l'exigeaient, devinrent périodiques.

C'est sous le règne de Louis XIV que le service des postes fut véritablement organisé. Un règlement du 9 avril 1644 et un arrêt du Parlement de Paris du 24 mars 1651 fixèrent la taxe des lettres et paquets. Un édit de mai 1653 établit la petite poste de Paris. Louvois, nommé en 1663 surintendant général des postes, introduisit dans ce service l'ordre et la discipline. La ferme des postes fut instituée en 1672, et Lazarre Patin en devint propriétaire pour un million.

Deux arrêts du Conseil, datés des 18 juin, 29 novembre 1681, eurent pour but de protéger le privilège du fermier des postes, et frappèrent de peines ceux qui y porteraient atteinte. Ces arrêts font « très expresses inhibitions à tous maîtres de coches, carrosses et litières, poulailleurs, beurriers, mulletiers, piétons, rouliers, voituriers et à toutes autres personnes, de quelque qualité et condition qu'elles soient, autres que ceux qui auraient droit et pouvoir du sieur Lazarre Patin, alors fermier général des postes, de se charger ni souffrir que leurs valets ou postillons et même les personnes qu'ils conduiront dans leurs voitures, se chargent d'aucunes lettres ni paquets de lettres, mais seulement des lettres de voiture des marchandises qu'ils voitureront, qui seront ouvertes et non cachetées.... à peine de 300 livres d'amende pour chacune contravention, qui ne

pourra être remise ou modérée..... » ... « autorise de plus le dit sieur Lazarre Patin à faire visiter les voitures, etc..... par ses agents. »

(Ces règlements ont été renouvelés le 2 nivôse an VI, le 7 fructidor an VI, le 26 ventôse an VII, le 27 prairial an IX, et sont encore en vigueur à l'heure actuelle.)

Le premier règlement général, sur la poste aux lettres et le tarif des taxes, fut publié le 8 décembre 1703.

De nombreuses améliorations au service postal furent encore apportées sous les règnes de Louis XV et de Louis XVI. Voici les principales :

Un arrêt du Conseil du 18 avril 1721, sur l'affranchissement des lettres.

Une ordonnance du 28 mai 1725, et une déclaration du 29 octobre 1726, défendant aux courriers ordinaires de se charger de toutes matières d'or et d'argent.

Une déclaration du 8 juillet 1759 portant augmentation du tarif des ports de lettres, et création d'une poste de ville à Paris.

Enfin un arrêt du Conseil du 20 novembre 1785 séparant l'administration des postes aux chevaux, relais et messageries, de celle de la poste aux lettres, et fixant les limites de leurs attributions respectives.

Ajoutons qu'un arrêt du 17 août 1777, qui mettait les revenus des postes en régie intéressée au profit du roi, fut abrogé, et le produit des postes réaffermé. Ce ne fut, comme nous le dirons plus tard, que le 24 juillet 1793, qu'un décret substitua la régie nationale au mode antérieur d'exploitation ¹.

¹ Voir sur l'Histoire des postes : J. Hilpert, *Le Messagiste*, pp. 8 et suiv. ; — R. Rousseau, *De la correspondance par lettres*

§ 6. — Nous avons vu que dès la fin du moyen âge, on admettait en France que des contrats pouvaient se former par le seul échange des volontés des contractants. De ce jour il était devenu possible de contracter entre absents. Le développement de notre commerce, la naissance de la grande industrie et son extension rapide, la découverte du nouveau monde et l'établissement de colonies, ayant eu pour effet de multiplier les relations internationales, firent sentir très vite le besoin de conclure des conventions par l'entremise de lettres missives. L'historique rapide que nous avons donné des postes françaises, depuis leur établissement jusqu'à la Révolution, nous montre que les lettres devinrent de plus en plus fréquentes, et suffirait à prouver que le contrat par correspondance entra de bonne heure dans nos mœurs juridiques. Nous devons néanmoins chercher des preuves plus précises dans notre ancienne doctrine et notre ancienne jurisprudence.

§ 7. — Baldus, et après lui Lauterbach, s'étaient demandé en quel lieu se formait le contrat passé par l'intermédiaire d'un messenger; d'où il ressort qu'ils devaient admettre la possibilité de tels contrats.

Quant à ceux conclus par lettres missives, il y eut d'abord quelques hésitations : Charondas le Caron ¹ pensait que la question de savoir si les lettres sont obligatoires « ne se pouvait décider par une règle générale, ains par les diverses considérations et circonstances qui s'y peuvent rencontrer. »

missives et télégrammes, §§ 215 et suiv.; — E. Hepp, *De la correspondance privée*, §§ 3 et suiv.; — G. Cousin, *Contrats entre absents* (thèse), pp. 109 et suiv.

¹ *Mémorables observations de Droit françois*, voir : Lettres.

Maranta disait que le contrat ainsi formé n'obligeait que pendant la vie du signataire de la lettre.

Mais bientôt ces doutes cessèrent, et l'opinion se forma d'après laquelle, la lettre contenant l'expression de la volonté de son auteur, et l'échange des lettres constituant le *duorum in idem placitum consensus*, le contrat formé par lettres missives devait être réputé obligatoire. C'est ce que nous dit Toubeau ¹ qui ne fait que citer et suivre l'opinion « des plus braves auteurs. » En effet Toubeau, dans ses *Institutes de Droit consulaire*, traite avec beaucoup de détails la question des lettres missives, et démontre qu'elles sont obligatoires entre marchands.

Plusieurs décisions de la Rote de Gênes confirment l'opinion de Toubeau sur la possibilité de contracter par correspondance ² : « *Promissio quæ sit inter absentes per litteras, sicut faciunt mercatores, præsumitur contractus ex quo possunt conveniri.* »

Quelques auteurs poussèrent même plus loin cette théorie : Bartole ³ prétend qu'une simple lettre recon nue entre marchands est plus forte qu'une promesse faite par écrit, parce qu'elle a, sur cette dernière, l'avantage de présenter un caractère particulier d'authenticité, résultant du sceau ou cachet imprimé sur l'enveloppe. Jason enseigne la même doctrine. Zabarella ⁴ pense que les lettres entre marchands doivent avoir « *vim publicorum instrumentorum.* » La Rote de Gênes adopte le même avis ⁵, et ajoute que ces lettres devaient

¹ *Institutes de Droit consulaire*, L. III, t. I, chap. II.

² *Rote de Gênes*, Décisions 45, n° 3 ; 48, n° 6 ; 52, n° 2.

³ Sur le fr. 26, D. XXXIX, 5.

⁴ Conseil 153.

⁵ Décision 142.

porter exécution parée pendant dix ans ¹. Mornac dit encore ² que le signataire d'une lettre s'oblige par elle : « *nec minus quam si conscriptum a tabellione instrumentum fuisset.* » Marquardus suivait absolument le statut de Hambourg, d'après lequel « les lettres missives devaient faire preuve entière, ayant force d'actes et d'instruments publics, principalement dans les villes où il y a grand négoce. » Fulgence enfin, allant plus loin encore, déclarait ces mêmes lettres obligatoires, même quand elles étaient dépourvues de signature, pourvu que le nom de leur auteur soit inséré dans le corps de la missive.

Il est facile de voir, d'après les citations que nous venons de faire, que c'est en droit commercial que la question qui nous occupe s'est tout d'abord posée, et que nos anciens auteurs se sont surtout appliqués à rechercher le caractère des lettres *entre marchands*. Ceci s'explique par cette considération que les contrats par correspondance ont été d'abord, puis le plus fréquemment, usités entre marchands; ce qui confirme l'idée que nous avons émise, que l'apparition et le développement des contrats par correspondance en France sont intimement liés à l'histoire de notre commerce et de notre industrie.

§ 8. — De bonne heure, la jurisprudence fut appelée à s'occuper de semblables contrats et à se prononcer sur leur validité.

Le Parlement de Paris rendit, en 1536, un arrêt relatif à un prêt contracté par lettre ³.

¹ Décision 81.

² Sur la Loi 1, 7, C. *Mandati*.

³ Le Vest, *Arrêts célèbres du Parlement de Paris*, p. 1009, arrêt ccv.

Expilly ¹ rapporte un arrêt du Parlement de Grenoble, du 18 mai 1581, concernant un louage conclu par lettres missives. Cet arrêt déclare que le bail ainsi passé est parfaitement valable, et qu'il doit prévaloir sur un autre passé postérieurement devant notaires et en présence de témoins.

Toubeau nous dit encore qu'il fut jugé, en juillet 1630, dans la Chambre de l'Édit de Castres, « qu'une lettre écrite par un créancier, par laquelle il mandait à un qui comme lui était créancier d'un particulier, qu'il n'y avait rien à perdre et que la dette était bien assurée, était obligatoire et celui qui l'avait écrite condamné à garantir et faire valoir la dette. » Toutefois, Toubeau nous apprend qu'il avait été ainsi jugé « malgré un arrêt contraire du Parlement de Toulouse. »

Enfin un arrêt du Parlement de Paris du 3 décembre 1680, cité par Brillon ², décide que la promesse de passer bail, contenue dans une lettre missive, est obligatoire.

§ 9. — On le voit, jusqu'à la fin du xvii^e siècle, la jurisprudence fut presque unanime à admettre la validité des contrats formés par correspondance, même en matière civile.

Ajoutons que les jurisconsultes du xviii^e siècle, qui ont été appelés à parler de ces contrats, ont professé la même opinion. « Dans le contrat de vente, de même que dans les autres contrats, nous dit Pothier ³, le consentement des parties peut intervenir non seulement

¹ *Recueil d'Expilly*, chap. xcvi, vol. des Plaidoyers, p. 632.

² *Dictionnaire des arrêts*, de Jacques Brillon, au mot : Bail, t. I, p. 418.

³ Pothier, *Contrat de vente*, n° 32 ; Sic *Contrat de louage*, n° 47.

entre présents, mais entre absents, par lettres ou par un entremetteur, *per epistolam aut per nuncium*. »

§ 10. — Tel était l'état de la question, quand vers le milieu du XVIII^e siècle, une réaction se produisit dans la jurisprudence. Elle fut l'œuvre du Parlement de Paris.

Toutefois Lépine de Grainville, en rapportant les arrêts qui contiennent la nouvelle doctrine, dit que celle-ci n'était que la reproduction d'une pratique déjà constamment suivie au Châtelet de Paris : « Quelques-uns de Messieurs qui avaient servi au Châtelet, attestèrent que ces principes y étaient inviolablement suivis. »

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence avait été très frappée de l'inégalité qui existait entre les cocontractants, au cas de convention synallagmatique. Dans ces conventions, en effet, chacune des parties est à la fois créancière et débitrice de l'autre ; or, s'il n'y a qu'un seul titre pour les constater, le possesseur de ce titre devient maître absolu des destinées du contrat ; il peut, au gré de son intérêt, ou l'anéantir ou lui faire produire ses effets juridiques, en détruisant l'acte ou en le représentant. Quant à l'autre partie, elle ne peut ni poursuivre, faute de preuves, ni se soustraire à l'exécution du contrat, si son cocontractant la requiert.

Dans le but de rétablir l'égalité entre les parties, et d'éviter que l'une d'elles ne soit à la merci de l'autre, le Parlement de Paris décida, qu'à l'avenir, toute convention synallagmatique devrait être constatée par un écrit rédigé en autant d'originaux qu'il y aurait de parties intéressées, et que chaque original devrait contenir mention expresse de l'accomplissement de cette formalité.

La sanction de cette règle était très rigoureuse. En effet, confondant la validité d'une convention avec la validité de l'acte destiné à en faire preuve, le Parlement de Paris, décida qu'en cas d'inobservation de la règle, la *convention elle-même* serait *complètement nulle*. Enfin cette nullité était si radicale, que le défaut de la double rédaction ne pouvait être couvert par l'aveu de la réalité de la convention, ou par l'exécution de l'acte non fait double ; ni le défaut de la mention, par la représentation des deux doubles.

Cette jurisprudence fut établie par une série d'arrêts, que cite de Grainville ¹, et dont le plus ancien date du 30 août 1736. Un autre fut rendu le 6 août 1740. Un troisième, du 23 janvier 1767, concernait un écrit, portant partage, dont un curé avait été fait dépositaire. On soutenait la validité de cet écrit sur ce qu'il avait été exécuté pendant six ans par celui qui l'attaquait ; mais il n'en fut pas moins déclaré nul, faute d'avoir été fait double ².

(Nous verrons plus tard que cette ancienne jurisprudence a été reproduite, en partie du moins, dans l'article 1325 du Code civil, ce qui a donné lieu, au commencement de notre siècle, à une nouvelle discussion sur le point de savoir si l'on pouvait désormais contracter en France par lettres missives.)

¹ *Recueil d'arrêts rendus en la quatrième chambre des enquêtes*, p. 164.

² Guyot, *Répertoire*, au mot : Double écrit. — Voir sur l'ancienne jurisprudence du Parlement de Paris : R. Rousseau, *Lettres missives et télégrammes*, §§ 54 et suiv. : — E. Hepp, *De la correspondance privée*, § 101 ; — A. Girault, *Contrats par correspondance*, § 25 ; — Toullier, t. VIII, nos 310 et suiv. ; — Merlin, *Répertoire*, au mot : Double écrit ; — Marcadé, sur l'art. 1325, n° 1. — Etc.

§ 11. — Faut-il conclure, du changement qui s'opéra dans notre ancienne jurisprudence, que dès lors il devint absolument impossible de contracter entre absents par correspondance ? Non.

Tout d'abord, nous l'avons dit, la formalité du double écrit ne s'appliquait qu'aux conventions synallagmatiques. Rien n'empêchait donc de passer et de prouver par lettres un contrat unilatéral.

De plus, pour les conventions synallagmatiques, il devenait impossible, il est vrai, d'en faire la preuve par la seule production en justice des lettres d'offre et d'acceptation, et celles-ci n'étaient même pas admises comme commencement de preuve ; mais les parties pouvaient, je crois, tourner la difficulté en s'envoyant, par lettres, de l'une à l'autre, tous les originaux pour les signer.

Enfin les contrats commerciaux échappaient à l'obligation du double écrit et à la mention du fait double. Les lettres continuèrent donc à être obligatoires entre marchands. C'est du moins ce qui nous semble résulter de l'article 7, titre III, de l'ordonnance de 1673, qui est toujours resté en vigueur, et a été reproduit dans notre Code de commerce ¹ ; article aux termes duquel « tous négociants et marchands, tant en gros qu'en détail, doivent mettre en liasse les lettres missives qu'ils recevront, et en registre la copie de celles qu'ils écriront. » Cette précaution, en effet, ne nous semble avoir eu d'autre but que de faciliter la tâche du juge, chargé de rechercher la preuve du contrat.

J'ajoute, qu'au dire de Guyot ², la jurisprudence

¹ Art. 8, *in fine*.

² Guyot, *Répertoire*, Supplément, au mot : Double écrit.

du Parlement de Paris ne fut pas universellement adoptée.

§ 12. — Malgré ces restrictions, on comprend que la règle, établie par le Parlement de Paris, dut apporter une entrave à l'extension des contrats par correspondance. En fait, leur emploi est demeuré assez restreint jusqu'à notre siècle. Les arrêts qui les concernent sont peu nombreux ; et les auteurs qui en ont parlé l'ont fait incidemment et toujours brièvement. Cela justifie une allégation que j'ai portée au début de ce travail, à savoir que la question des contrats par correspondance est une question relativement neuve, et qui n'a sérieusement attiré l'attention des jurisconsultes, que depuis notre époque.

Avant donc de rechercher ce qu'est devenu notre contrat, sous l'empire de nos lois actuelles, j'énumérerai rapidement les raisons qui, jusqu'à la Révolution, ont retardé son développement.

§ 13. — L'organisation des postes, malgré de nombreuses améliorations, n'était point arrivée à un degré de perfection suffisant pour assurer la transmission rapide et régulière des correspondances. Le transport des lettres était long ; beaucoup s'égarèrent, et il y avait souvent des retards. A Paris, le service postal ne fut organisé que très tard, et resta toujours insuffisant ; sous Louis XVI, on n'y comptait encore que six boîtes à lettres, et un nombre de facteurs très restreint.

De plus, le tarif des lettres était très élevé et extrêmement compliqué. La taxe des lettres et paquets, telle que l'établit la déclaration du 8 juillet 1759, variait « d'après le poids des villes et la distance des lieux ; » et suivait une progression ascendante selon qu'il s'agis-

sait d'une lettre simple, d'une lettre avec enveloppe, ou d'une lettre double ¹.

Ajoutons que le secret des correspondances était rarement respecté, grâce aux investigations de la police, et en particulier de ce fameux *cabinet noir*, dont la création remonte, dit-on, au cardinal de Richelieu. Il résultait de là, outre une nouvelle cause de retard dans la distribution des lettres, un manque de sécurité contraire au secret qu'exigent les affaires. Aussi était-on peu porté à recourir à ce moyen pour traiter à distance ².

Un autre obstacle provenait de la difficulté du transport des marchandises. La France se couvrait bien peu à peu de routes et de canaux ; le réseau des messageries s'accroissait ; la marine marchande se développait, mais c'étaient là des moyens de transport trop lents et trop irréguliers. Aux causes imprévues de retard, pourtant nombreuses, s'ajoutaient des retards nécessaires considérables : changement de chevaux, passage des écluses, visite des douanes. « L'existence de nombreux péages, dit M. Valéry ³, les formalités, les frais et les tracasseries qu'on avait à subir chaque fois qu'on rencontrait un bureau de douanes extérieures ou intérieures, ce qui arrivait à tout moment, entravaient les relations commerciales d'une manière déplorable. »

Sur certaines places, les contrats commerciaux, ou du moins les plus fréquents d'entre eux, demeurèrent pendant longtemps entourés de formalités plus ou

¹ Guyot, *Répertoire de jurisprudence*, au mot : Lettre.

² *Revue générale du Droit*, etc., année 1894 ; J. Valéry, Les Contrats par correspondance dans le passé, section III : Les Contrats par correspondance dans les temps modernes.

³ *Loc. citat.*

moins compliquées, mais nécessitant toujours la présence effective des parties. C'est ainsi que certains contrats devaient être constatés dans un acte passé par devant un officier public ¹. Les usages du commerce maritime étaient particulièrement exigeants de ces formalités.

Pour ces diverses raisons, on le comprend, le contrat par correspondance était le plus souvent peu pratique. La conclusion d'une convention par lettres, l'envoi et le transport des marchandises demandées, exigeaient un temps considérable; aussi les particuliers s'adressaient-ils d'ordinaire, pour les achats à faire, aux commerçants de leur cité. D'ailleurs, à cette époque, les voyages étaient coûteux et dès lors rares; l'envoi d'échantillons par les marchands de places éloignées, peu fréquents; la publicité, si perfectionnée aujourd'hui, à peu près inconnue; aussi les acheteurs ne connaissaient-ils guère que les produits du pays. Le commerce, à l'abri de la concurrence du dehors, se trouvait en quelque sorte localisé dans chaque ville.

Quant au commerçant qui désirait acheter ou vendre des marchandises sur une place étrangère, il s'y transportait lui-même ou y envoyait un préposé; ou bien encore il chargeait, par lettre, un mandataire qui prenait le nom de *commissionnaire d'achat* ou de *vente* ², de faire pour lui ces actes de commerce. Dans ce dernier cas, il y avait bien un contrat de mandat, conclu par correspondance, mais ce contrat était passé une fois pour toutes, et évitait pour l'avenir au négociant de

¹ Savary des Bruslons, *Dictionnaire universel du commerce*, au mot : Foire; — Voir J. Valéry, *loc. citat.*

² Savary des Bruslons, *loc. citat.*, au mot : Commissionnaire.

traiter directement, par lettres, toutes les affaires qu'il faisait avec des places de commerce éloignées ¹. Il résulte de là que le contrat de mandat fut longtemps, sinon le seul, du moins le plus usité des contrats par correspondance.

Un autre résultat de la difficulté de la transmission des lettres et du transport des marchandises, fut de conserver et même d'accroître l'importance des grandes foires périodiques ². Ces foires, mettant en présence un grand nombre de vendeurs, suscitaient entre eux la concurrence et produisaient une diminution des prix. Dès lors, les acheteurs de la région n'éprouvaient pas le besoin de s'adresser au loin, puisqu'ils trouvaient, soit chez les commerçants de la ville, soit chez les marchands forains, tout ce dont ils avaient besoin.

Nous devons ajouter, pour être complet, que notre commerce souffrait de la survivance du régime corporatif. L'organisation des corporations avait, il est vrai, donné tout d'abord une grande impulsion à notre industrie et assuré la perfection de la production. Mais peu à peu elles avaient engendré de nombreux abus : le passage de la situation d'ouvrier à l'état de maître était devenu de plus en plus difficile ; jalouses de leurs prérogatives, et craignant toute concurrence, les corporations s'opposaient systématiquement à l'introduction de tout perfectionnement dans les procédés de fabrication, à l'exploitation de toute invention nouvelle ; par leur présence même, elles gênaient le développement de la grande industrie.

¹ J. Valéry, *loc. citat.*

² J. Valéry, *loc. citat.*

§ 14. — Turgot comprit la réforme qui s'imposait et, le premier, il osa s'attaquer à cette puissance. Dans un édit de 1776, il supprime les maîtrises et jurandes. Il met en relief cette idée que la liberté du travail doit être assurée à tous. Il insiste sur ce point que les corporations ont créé un monopole de quelques-uns à l'encontre de tous les autres, qu'elles sont nuisibles aux travailleurs et au public. L'article 1^{er} de l'édit établissait le principe de la liberté de l'industrie, et l'article 13 prohibait toute reconstitution des anciennes corporations de métiers ¹.

Toutefois, il n'osa pas détruire tout l'édifice, et respecta quelques offices privilégiés : barbiers, perruquiers, étuvistes, etc....

C'était déjà un grand pas de fait. Malheureusement cet édit souleva une tempête qui renversa Turgot, et un nouvel édit abrogea toutes les réformes (1778).

§ 15. — Nous avons terminé avec l'historique du contrat par correspondance.

Nous avons vu qu'il mit du temps à se faire jour et que son développement, continu d'ailleurs, fut assez lent. Pour faire des lettres missives un mode normal de contracter à distance, il fallait, au point de vue économique, délivrer notre commerce de ses entraves, puis faciliter le transport rapide des correspondances et des marchandises; il fallait aussi, au point de vue juridique, rompre avec l'ancienne jurisprudence du Parlement de Paris. La Révolution a commencé les réformes; elles se sont continuées depuis lors.

¹ Hervé-Bazin, *Traité d'économie politique*, Introduction historique, III, moyen âge, *in fine*.

Nous étudierons dans la deuxième partie de ce travail :

1° les causes qui ont rendu si fréquent aujourd'hui ce mode de contracter ;

2° la formation et la preuve des contrats par correspondance ;

3° les diverses formes de la correspondance actuelle.

•

DEUXIÈME PARTIE

CONTRATS PAR CORRESPONDANCE SOUS L'EMPIRE DES LOIS QUI NOUS GOUVERNENT

CHAPITRE PREMIER

Causes de l'extension du Contrat par Correspondance à notre époque

SECTION PREMIÈRE

Œuvre de la Révolution

§ 1. — Prenant pour base de toutes ses réformes le grand principe de la liberté, la Révolution a fait beaucoup pour l'extension de notre commerce national, et du contrat qui nous occupe. Voici rapidement quelle fut sa tâche.

Les corporations, nous l'avons vu, subsistaient encore, apportant un obstacle à toutes les inventions, s'opposant à tous les progrès, empêchant toute concurrence. La Révolution devait reprendre les idées de Turgot et détruire le régime corporatif.

Le premier coup lui fut porté par le décret de la nuit du 4 août, supprimant les privilèges et monopoles.

La constitution du 3 septembre 1791 portait : « Il n'y a plus ni maîtrises ni jurandes. »

Enfin, le principe de la liberté du travail fut posé définitivement par les trois décrets de 1791 dont le premier, 2-17 mars 1791, abolit toutes maîtrises et jurandes ; le deuxième, 14-17 juin 1791, prohibe toute association d'ouvriers et artisans de même état ; le troisième, 7 janvier 1791, détermine les droits des inventeurs sur leurs découvertes¹.

Désormais, chacun était libre de choisir son métier ; l'état de maître n'était plus réservé à quelques privilégiés, ni le nombre des maîtres limité dans chaque ville ; les découvertes nouvelles étaient encouragées ; enfin, la grande industrie n'avait plus à craindre de se heurter aux prérogatives des corporations.

§ 2. — La Révolution compte encore, à son actif, deux autres réformes qui devaient influencer d'une façon toute spéciale sur le développement du contrat par correspondance, en assurant à la transmission des lettres une grande sécurité et une grande régularité.

La Constituante abolit le cabinet noir et, par un décret du 10 août 1790, proclama l'inviolabilité absolue des lettres. Une loi du 29 août 1790 consacra le même principe, en imposant aux préposés des postes le serment « de garder et observer fidèlement la foi due au secret des lettres. » Enfin, le Code pénal de 1791 contient la disposition suivante : « Quiconque sera convaincu

¹ Cours de législation industrielle, de M. Cabouat, professeur à la faculté de Droit de Caen, 1^{re} année.

d'avoir volontairement supprimé une lettre confiée à la poste, ou d'en avoir brisé le cachet et violé le secret sera puni de la peine de la dégradation civique. » Si le crime avait été commis en vertu d'un ordre émané d'un pouvoir public, ou par un agent du service des postes, celui qui avait donné l'ordre, et celui qui l'avait exécuté, ou l'agent de service des postes, étaient condamnés à deux ans de gêne.

C'est un décret du 24 juillet 1793 qui substitua la régie nationale au mode antérieur d'exploitation des postes ¹.

SECTION II

Le Commerce et le régime des postes depuis la Révolution. Télégraphe et Téléphone

§ 1. — Un grand fait économique s'est produit au début de notre siècle, qui a eu une influence considérable sur le commerce du monde entier : je veux parler de l'emploi de la vapeur comme force motrice.

Les bateaux à roues furent inventés dans les premières années du siècle. Introduite en France en 1816, la navigation à vapeur ne commença à se développer qu'en 1825. C'est l'Angleterre qui livra au public le premier chemin de fer, en 1825 ; la France construisit sa première ligne ferrée en 1828.

L'Angleterre, l'Amérique et la France avaient donné l'impulsion ; toutes les autres nations ont suivi le mouvement. A l'heure présente, le monde civilisé tout

¹ R. Rousseau, *De la correspondance par lettres missives et télégrammes*, § 220.

entier est couvert de voies ferrées ; toutes les mers sont sillonnées de navires à vapeur. Le perfectionnement des machines, la découverte de nouveaux moteurs : air comprimé, électricité, etc..., ont accru d'une manière continue la célérité de ces moyens de communication. Aussi, aujourd'hui, tous les points du globe sont-ils reliés entre eux, soit par terre, soit par mer, au moyen de services de transport réguliers et rapides.

On comprend quel essort ce nouvel état de choses devait donner à notre commerce.

La facilité des communications permit d'aller chercher au loin les produits que l'industrie ne pouvait se procurer dans la région que difficilement, ou qu'à grands frais. Les colonies françaises, qui peu à peu se faisaient nombreuses, jetèrent sur nos marchés des matières premières de toutes sortes, en abondance et à prix minimes ; aussi les grandes industries se développèrent rapidement. Toutes les places commerciales, se trouvant rapprochées par l'entremise des chemins de fer, la concurrence s'établit de ville à ville, de région à région, du nord au sud de la France, tendant toujours à augmenter la production et à diminuer le prix de vente.

En présence de cet accroissement de la production, il fallut bientôt chercher des débouchés nouveaux à notre industrie. De là, la conclusion d'un certain nombre de traités de commerce avec les nations voisines. Dans ces traités, les États cherchent à concilier leurs droits et leurs intérêts respectifs ; ils règlent les conditions dans lesquelles se fera l'échange des produits entre les nationaux des deux pays ; ils essaient d'obtenir, par des concessions réciproques, un abaissement de la moyenne des droits d'entrée fixés par leur tarif général ;

ils établissent ainsi des « tarifs conventionnels ; » en un mot, ils règlent entre eux l'exportation, l'importation et le transit des matières premières et des produits fabriqués ¹.

Au point de vue qui nous occupe spécialement, cette extension du commerce et de l'industrie eut une importance considérable. Je n'ai pas besoin de dire que la transmission des correspondances avait bénéficié, dès le début, de la facilité nouvelle des communications. Dès lors on recourut de plus en plus fréquemment aux lettres pour contracter. L'envoi d'échantillons, la discussion par lettres des clauses de la convention, le transport des marchandises, tout cela était désormais facile et rapide. La lettre devint l'agent normal des personnes éloignées, du fabricant avec le producteur des matières premières, des fabricants entre eux, de l'acheteur avec le vendeur ; car l'acheteur qui ne trouvait pas dans sa région l'objet qu'il désirait, ou qui ne le trouvait qu'à un prix trop élevé, ne craignit plus de s'adresser au loin. Le commerce perdit le caractère, en quelque sorte local, qu'il avait autrefois.

Je dois encore noter que l'état de choses nouveau entraîna la disparition des grandes foires, en supprimant leur utilité. Or les foires, nous l'avons vu, avaient toujours été un obstacle au développement du contrat entre absents, puisqu'elles amenaient les vendeurs et le choix des marchandises au domicile même de l'acheteur.

§ 2. — En même temps que les besoins du commerce rendaient l'usage des lettres plus fréquent, le régime

¹ Voir sur les traités de commerce, *Droit international public*, de G. Bry, pp. 404 et suiv. ; — de R. Foignet, p. 210.

postal subissait une série d'améliorations qui en assuraient la transmission plus régulière et moins coûteuse.

Renonçant au système de la régie nationale, établi par le décret précité du 24 juillet 1793, la loi du 9 vendémiaire an VI avait ordonné à nouveau que la poste aux lettres serait affermée. Plus tard le bail fut résilié sur la demande du fermier, et la loi du 25 frimaire an VIII décida que les postes seraient administrées par une régie intéressée, c'est-à-dire que les régisseurs avaient, outre leurs appointements fixes, une remise sur le produit net.

Deux arrêtés des 2 nivôse an IX et 27 prairial an X proclamèrent à nouveau le monopole de l'administration des postes.

La loi du 3 juin 1829 créa un service postal dans toutes les communes rurales.

Ce fut un décret de l'Assemblée nationale, du 24 août 1848, qui soumit à une taxe uniforme de 0 fr. 20 les lettres pour toute la France. Jusque-là, la taxe avait été perçue en raison des distances. Cette taxe fut plusieurs fois modifiée depuis, et enfin fixée, par 15 grammes et fraction de 15 grammes, à 0 fr. 15, par la loi du 6 avril 1878.

Le décret de 1848 avait aussi créé les timbres-poste ¹.

Nous devons citer, entre autres améliorations qui se sont produites à une époque plus rapprochée, la création des cartes postales par la loi du 20 décembre 1872, (la taxe en fut fixée à 0 fr. 10 par la loi précitée du

¹ Voir sur ces points : E. Hepp, *De la correspondance privée*, § 3 ; — R. Rousseau, *De la correspondance par lettres missives*, etc., §§ 220 et suiv.

6 avril 1878), et la *recommandation* des lettres, papiers imprimés, établie par la loi du 25 janvier 1873.

S'il était devenu très facile et peu coûteux de faire circuler une lettre en France, comme d'ailleurs dans la plupart des autres pays, il n'en était pas de même, avant 1874, pour envoyer une lettre d'un pays dans un autre. Pour parer aux difficultés que soulevait cette question, quelques États avaient conclu des conventions postales, ayant pour but de régler, entre les pays signataires, le transport des lettres et des objets confiés au service de la poste. Enfin le Traité de Berne, du 9 octobre 1874, a jeté les bases de l'*Union postale universelle*. Les règles établies à Berne ont été en certains points modifiées dans des congrès postérieurs, en particulier dans celui de Paris, dont les délibérations ont abouti au Traité du 1^{er} juin 1878. Un bureau international ou office central a été établi à Berne; il a pour mission de publier tous les renseignements concernant le service des postes, de donner son avis sur les questions litigieuses, de préparer et d'instruire les modifications qui peuvent s'imposer. Le principe de l'unité internationale, dans le régime des postes, a pour effet de faire de tous les pays signataires un seul État au point de vue postal, de faciliter entre tous la transmission, et d'uniformiser les taxes des lettres, papiers, journaux, livres, imprimés, échantillons, etc.

Tous les États de l'Europe et de l'Amérique, et une grande partie de ceux de l'Asie, sont entrés dans cette union ¹.

§ 3. — La transmission des correspondances par

¹ Voir sur ces points : *Droit international public*, de R. Foigniet, p. 220; — de G. Bry, p. 410.

chemins de fer et navires à vapeur avait produit le résultat suivant : Étant donné deux personnes éloignées l'une de l'autre, et désirant contracter ensemble, ces personnes pouvaient, pour cela faire, ou se réunir chez l'une d'elles, ou traiter l'affaire par lettres; or ce second moyen était *aussi rapide*, et de plus *bien moins coûteux* que le premier, le transport des lettres s'effectuant comme celui des voyageurs, mais à moindres frais. L'invention du télégraphe électrique donna, au point de vue de la célérité, un grand avantage au deuxième moyen. c'est-à-dire à l'emploi de la correspondance. Désormais, on put traiter à distance presque aussi rapidement qu'entre personnes présentes. Je ne veux pas dire que, du jour où les particuliers purent se servir du télégraphe, les télégrammes devaient devenir le mode normal de correspondre et de traiter à distance. Non; le télégramme ne peut pas remplacer la lettre dans tous les cas; il y a à cela deux raisons : Tout d'abord, tandis que les plus petites communes sont desservies par la poste, il n'y a de bureaux télégraphiques que dans les centres importants; puis, la cherté relative de ce mode de correspondance oblige à une concision souvent incompatible avec la conclusion d'un contrat. Mais dans tous les cas urgents on peut y recourir, et, à ce titre, on conçoit le rôle important que joue le télégraphe dans la conclusion des contrats commerciaux.

Ce fut une ordonnance du 23 novembre 1844 qui ouvrit un crédit pour l'établissement de la première ligne électrique en France (ligne de 12 myriamètres, entre Paris et Rouen)¹.

¹ E. Hepp, *Correspondance privée*, § 8, *in fine*; — R. Rousseau, *Correspondance par lettres missives*, § 460. — Je n'ai parlé que du télégraphe électrique. Pour être complet, je dois ajouter que le

La loi du 29 novembre 1850 appela le public à se servir des télégraphes. Un décret du 27 décembre 1851 établit le privilège de l'État, et prononce des peines contre ceux qui transmettraient des signaux sans autorisation (art. 1^{er}). C'est la loi du 21 mars 1878 qui, modifiant la taxe télégraphique, l'a faite ce qu'elle est encore à l'heure actuelle : 0 fr. 05 par mot, avec un minimum de 0 fr. 50 pour la dépêche entière.

Enfin, une invention toute récente, celle du téléphone, a fait faire un pas immense à la question de la célérité des correspondances. Le contrat qui se traite par l'entremise de cet appareil présente un caractère particulier : en fait, les parties sont bien éloignées l'une de l'autre, mais elles s'entendent parler, elles peuvent discuter, comme si elles étaient en présence, et les diverses phases de la convention se suivent sans interruption. La vapeur avait rapproché les distances ; l'électricité a supprimé la notion du temps.

La première ligne téléphonique fut établie en France en mars 1880¹. C'est le décret du 31 décembre 1884 qui mit le téléphone à la disposition du public. Un décret du 31 mars 1890 fixe les conditions d'abonnement aux réseaux téléphoniques urbains.

Il existe, relativement à la correspondance télégraphique, une union internationale semblable à celle dont nous avons parlé pour le régime des postes. Dès 1865,

télégraphe aérien (système de Chappe) avait fonctionné en France dès les premières années du siècle, et même qu'une loi du 2 mai 1837 avait eu pour but d'empêcher l'établissement de compagnies rivales de l'État pour la transmission des signaux télégraphiques. En 1850, le télégraphe électrique s'était partout substitué à l'ancien télégraphe aérien.

¹ Voir G. Vidal, *Le téléphone au point de vue juridique*, Introduction.

la conférence internationale, réunie à Paris, a créé l'*Union télégraphique*. Elle a eu pour but d'assurer la transmission des dépêches d'un État dans un autre, ou à travers un État intermédiaire ; elle a réglé les signes conventionnels, les taxes à percevoir, les heures d'ouverture et de fermeture des bureaux. En 1868 a été créé à Berne le *bureau international des administrations télégraphiques*.

Dans le règlement nouveau adopté à la Conférence de Berlin, le 17 septembre 1885, on a réservé une section au service téléphonique ¹.

Ces ententes des nations ont eu, sur le commerce international, la même influence heureuse qu'eut, sur notre commerce intérieur, la création en France des lignes télégraphiques et téléphoniques. C'est à ce titre que j'ai cru devoir en parler.

§ 4. — L'accroissement de la vitalité commerciale de la France, la facilité et la rapidité, sans cesse croissantes, des moyens de communication, telles sont les deux causes dominantes de l'extension des contrats par correspondance à notre époque.

Mais, indépendamment de ces raisons principales, il en est une foule d'autres qui, quoique secondaires, ont bien eu encore leur influence. Il serait trop long de les énumérer toutes, mais on peut les ranger dans cette formule un peu large : les progrès de la civilisation. La modicité des moyens de transport, et en particulier la création des « trains de plaisir », amène l'ouvrier des champs à se rendre plus souvent à la ville, parfois à aller passer vingt-quatre heures à Paris ; et là, il peut

¹ Voir sur ces points : *Droit international public*, de R. Foignet, p. 220 ; — de G. Bry, pp. 440, 441.

voir des magasins mieux approvisionnés, des articles qu'il ne trouve pas chez lui. L'instruction, se répandant dans toutes les classes de la société, permet à tous et de lire les « annonces », les affiches, et de faire des commandes par écrit ; tandis que la création des « colis postaux » ¹ conduit jusque chez l'acquéreur la marchandise qu'il a achetée, et cela avec une augmentation de prix très minime.

Les progrès de l'imprimerie ont donné aux commerçants la facilité de faire faire de grandes quantités de prospectus, et de les répandre partout. Les grands magasins, les sociétés puissantes qui se sont formées, faisant un chiffre d'affaires considérable, peuvent consacrer de grosses sommes à la publicité, et envoyer aux quatre coins de la France des échantillons de leurs marchandises.

Il n'est pas jusqu'à l'instruction politique de la foule qui ne soit un facteur de ce progrès, car le journal, d'un prix si minime, et qui va jusqu'au fond des campagnes, apporte à tous, avec la nouvelle des grands débats parlementaires, ou du dernier attentat anarchiste, l'annonce des produits nouveaux et des commerçants en vue, des pastilles Géraudel ou des savons du Congo.

SECTION III

Le Code. — La Jurisprudence

§ 1. — Une question nous reste à résoudre : Peut-on contracter par correspondance dans notre droit actuel, sous l'empire du Code civil et du Code de Commerce ?

¹ Loi du 12 avril 1892.

Les détails que nous avons donnés sur l'extension du contrat par correspondance, depuis le début du siècle, suffiraient à prouver que la possibilité de telles conventions ne fait plus de doute aujourd'hui. Nous nous arrêterons pourtant à cette question, d'abord pour examiner si elle a été soulevée par nos codes, et comment ils l'ont résolue, ensuite parce qu'au début elle a fait naître quelques difficultés.

Plusieurs auteurs se sont demandé : « Peut-on contracter par correspondance ? » En réalité cette question ne se pose pas, du moins sous cette forme générale. « Personne, dit M. Sérafini ¹, ne pourra mettre en doute ce principe que, par une lettre missive, une communication orale d'un messenger, ou par télégraphe, peut se produire le consentement ou le concours de deux volontés *in idem placitum*, par lequel on établit une convention. » En effet, tout contrat suppose essentiellement deux volontés concordantes, une offre et l'acceptation de cette offre. De plus, ces volontés doivent revêtir une forme extérieure, mais peu importe cette forme, pourvu qu'elle manifeste d'une façon claire et précise la pensée des contractants ; entre présents, ce sera la parole ; entre absents, l'écriture ou l'impression sur le papier, c'est-à-dire la lettre ou le télégramme.

La seule question qui se puisse poser est celle-ci : telle législation particulière, la législation française par exemple, assujettit-elle la validité des conventions à l'accomplissement de formalités qui soient incompatibles avec la conclusion d'un contrat entre absents ? la présence effective des parties, par exemple, ou la ré-

¹ Sérafini, *Le télégraphe*, p. 15.

daction d'un écrit par un officier public. Cela revient, en somme, à se demander quelles traces a laissées le formalisme dans notre droit actuel.

L'examen de nos codes amène cette remarque que les textes qui traitent du contrat par correspondance sont peu nombreux et très brefs. Le législateur ne s'est préoccupé qu'exceptionnellement de cette façon de contracter ; elle n'était point encore assez passée dans la pratique pour qu'il en fût autrement. Les législations plus récentes sont beaucoup plus détaillées sur ce point ; elles évitent ainsi une foule de difficultés qui, en France, ne sont point encore tranchées, et que nous devons examiner au cours de cette étude.

§ 2. — *Peut-on conclure, dans notre droit, un contrat commercial par correspondance ?* Oui, personne ne l'a jamais contesté, car le code de commerce a pris soin de résoudre la question.

En effet, s'inspirant des dispositions contenues dans l'article 7 de l'ordonnance de 1673 précitée, le code de commerce (art. 8, *in fine*), oblige tout commerçant à « mettre en liasse les lettres missives qu'il reçoit, et à copier sur un registre celles qu'il envoie ; » et c'est évidemment pour faciliter la preuve du contrat qu'il rend cette précaution obligatoire, puisque, dans son article 109, il cite « la correspondance » au nombre des modes de preuves des contrats commerciaux.

Une seule difficulté pourrait résulter de ce que l'article 109 est inscrit sous le titre « Des achats et ventes » ; sa place pourrait faire croire qu'il est spécial à la vente commerciale ; mais, outre que l'article 8 ne fait aucune distinction et oblige les commerçants à conserver toutes les lettres et toutes les copies des lettres qu'ils reçoivent

et envoient, et non pas seulement celles qui constateraient des achats ou ventes, les auteurs sont universellement d'accord pour admettre que l'article 109 s'applique, dans son ensemble, à tous les contrats commerciaux ¹.

§ 3. — *Peut-on contracter par correspondance sous l'empire du Code civil?* Oui encore; à l'heure présente on ne soulève même plus la question; on considère comme d'évidence la validité des contrats conclus par lettres missives. Pourtant le Code civil est muet en ce qui les concerne; même il contient un texte qui a fait naître, au début du siècle, quelques hésitations à ce sujet. C'est l'article 1325.

Nous avons dit plus haut, qu'en 1736, une jurisprudence nouvelle se forma au Parlement de Paris, jurisprudence en vertu de laquelle toute convention synallagmatique devait être constatée par un acte fait double, chaque original contenant la mention du double écrit, et ce, sous peine de nullité radicale de la convention.

Le dernier arrêt qui applique cette jurisprudence est un jugement du tribunal d'appel de Poitiers, du 11 ventôse an X ²; il conclut à l'impossibilité de passer une convention synallagmatique par correspondance, car « le consentement nécessaire, pour la validité d'une vente, ne résulte pas suffisamment de simples lettres que l'une des parties peut supprimer à volonté. »

Le Code civil a reproduit en partie la doctrine du

¹ Voir en ce sens : Massé, *Droit commercial*, t. IV, § 2371; — A. Boistel, *C. de Droit commerc.*, § 437; — Pardessus, t. I, § 241; — E. Hepp, *Correspondance privée*, p. 87.

² Dalloz, *Répertoire*, voir : Vente, n° 84. Cet arrêt, on le voit, est antérieur au Code.

Parlement de Paris; dans son article 1325 en effet, il soumet l'acte sous-seing privé, qui contient une convention synallagmatique, à l'obligation du double original et à la mention du fait double.

Faut-il conclure de là, comme le faisait notre ancienne jurisprudence, qu'on ne peut plus contracter par lettres missives, les lettres ne pouvant remplir les obligations exigées par la loi? On pourrait peut-être le croire au premier abord; et il existe au Code un autre texte qui paraît confirmer cette opinion: c'est l'article 1985, aux termes duquel le mandat peut être formé « même par lettres, » ce qui semble impliquer, *a contrario*, que les autres contrats ne sont pas susceptibles de se former de cette façon.

Quelque logiques qu'elles puissent paraître, ces conclusions tombent devant un examen attentif des textes: l'article 1325 n'est qu'une concession partielle à une pratique du passé; il a une portée plus restreinte. Quant à l'article 1985, il prouve, en fait, l'extension du contrat par correspondance, puisqu'il nous montre que le législateur, au moins dans un cas spécial, a été appelé à en parler.

La jurisprudence du Parlement de Paris, par une sévérité exagérée, prononçait la *nullité de la convention même*, au cas d'inobservation des formalités qu'elle prescrivait. Les rédacteurs du Code n'osèrent pas rompre complètement avec une doctrine qui, à Paris surtout, avait jeté des racines profondes, mais ils ne l'admirent pas dans ses conséquences extrêmes. En effet, l'article 1325 ne dit pas: « Les *conventions* synallagmatiques contenues dans des actes sous seing privé, ne sont valables qu'autant....., » mais bien: « Les *actes* sous seing privé qui contiennent des conventions synallag-

matiques ne sont valables qu'autant.... » Il distingue donc bien *la convention elle-même*, de *l'acte qui la contient*, et c'est cet acte qu'il déclare non valable. En d'autres termes, il traite une question de preuve, et non une question de validité des conventions; la place de l'article 1325 (au chapitre de la preuve des obligations) suffirait à le prouver. Donc, même en admettant que les lettres doivent remplir les conditions exigées par ce texte, ce qui est contestable nous le verrons, il n'en pourrait résulter aucun argument contre la possibilité de contracter par correspondance ¹.

L'article 1985 n'est pas plus probant contre notre système. « Le mandat, nous dit-il, peut être donné ou par acte public ou par écrit sous seing privé, *même par lettre*. » Il n'y a, de cette expression : *même par lettre*, aucun argument *a contrario* à tirer quant aux autres contrats. Ces mots s'expliquent facilement par cette considération que, lors de la rédaction du Code, le contrat par correspondance n'était point entré dans nos mœurs comme il l'est aujourd'hui; aussi le législateur n'a-t-il songé à en traiter qu'en droit commercial, nous l'avons vu, et en droit civil à l'occasion du mandat, parce que les contrats commerciaux et le mandat étaient, dans la pratique, ceux qui se formaient le plus habituellement par lettres missives. Les mots « même par lettre, » n'expriment donc pas une faveur accordée par le législateur à un contrat spécial; c'est tout au plus une allusion faite à la pratique nouvelle de traiter entre absents, par l'entremise de la correspondance ².

§ 4. — Il résulte de la discussion qui précède, que

¹ Ch. Darquer, *Des contrats par correspondance*, pp. 17, 18.

² Ch. Darquer, *loc. citat.*, p. 21.

notre Droit laisse les volontés des parties s'exprimer librement, qu'il n'assujettit la formation des contrats à aucune formalité, qu'il n'exige *pour leur validité* la rédaction d'aucun écrit. Un contrat verbal sera donc toujours valable entre les parties, sur quelque somme d'ailleurs qu'il porte. C'est seulement quand il s'agira de prouver la convention, que la non-rédaction d'un acte, ou la rédaction d'un acte irrégulier soulèvera des difficultés.

L'opinion contraire, en vertu de laquelle les lettres missives, ne remplissant pas les conditions exigées par l'article 1325, seraient impuissantes à faire naître un contrat, a-t-elle été soutenue? Quelques auteurs ¹ l'ont cru, et ont interprété en ce sens la doctrine enseignée par Toullier, au début du siècle, dans ses explications du Code civil ².

Voici les textes de Toullier qui lui ont valu le reproche d'avoir nié la validité du contrat par correspondance, sous l'empire de notre Droit : De la nécessité des actes doubles, il conclut « qu'on ne peut plus en France contracter aujourd'hui par lettres avec sûreté ³. » Dès lors, il est amené à considérer comme une dérogation à ce principe la disposition de l'article 109 du Code de commerce : « La faveur du commerce et la nécessité ont contraint le législateur d'en revenir à la raison et à la bonne foi ⁴. » Enfin, convaincu par l'éloquent plaidoyer de Merlin qui avait vivement combattu son système, il abandonne sa doctrine première, et dit dans la 5^e édition de son ouvrage : « Je me range à son avis

¹ A. Girault, *Des contrats par correspondance*, § 27 et note 1, p. 33; — Aubert, *Contrats par correspondance* (thèse), p. 149; — Demolombe semble faire le même reproche à Toullier : t. VI, § 430.

² *Droit civil français, suivant l'ordre du Code.*

³ Toullier (quatre premières éditions), t. VIII, § 325.

⁴ Toullier, *idem*.

(de Merlin) avec un grand plaisir; je n'avais énoncé une opinion contraire qu'à regret, comme il l'observe fort bien ¹. »

Il nous semble cependant que Toullier n'a pas mérité l'accusation qu'on a portée contre lui. A propos de l'article 1325 (§§ 318 à 322), il fait remarquer que les rédacteurs du Code « ont rejeté cette doctrine perverse, suivant laquelle la convention ne peut se former sans écrit; d'où l'on concluait qu'il n'y a point d'obligation si l'écrit destiné à lui servir de preuve n'est pas fait double. » Il ajoute que, dans l'article 1325, le Code distingue les conventions, des actes qui les contiennent : « Le Code ne s'occupe point ici des conditions essentielles pour la validité des conventions; il les a recueillies dans l'article 1108...; il n'avait plus à s'occuper dans ce chapitre que de la preuve de ces conventions. » Il remarque même que le Code ne déclare pas nul l'acte incomplet, *mais seulement non valable*, c'est-à-dire insuffisant pour faire par lui-même une preuve complète. Et quand, après s'être ainsi exprimé, l'auteur ajoute : « qu'on ne peut plus en France contracter aujourd'hui par lettre avec sûreté, » il ne veut pas apporter, croyons-nous, une exception au principe qu'il vient de poser, principe d'après lequel l'acte irrégulièrement fait n'entraîne point la nullité de la convention, et même vaut comme commencement de preuve.

J'ajoute enfin que Toullier a discuté la question de l'instant où se forme le contrat par correspondance, ce qui prouve qu'il considérait bien comme possibles de telles conventions ².

¹ Toullier, 5^e édition, t. VIII, p. 486, note 1.

² Toullier, t. VI, §§ 28, 29.

§ 5. — Qu'était donc exactement l'opinion de Toullier?

Le célèbre jurisconsulte a recherché simplement quelle force probante le Code civil attribue aux lettres missives. Il s'est trompé sur ce point, nous allons le constater, mais c'est seulement sur la question de preuve que porte son erreur; il n'a jamais pensé que le Code civil s'opposât à la conclusion des contrats par correspondance.

La production en justice des lettres des parties ne suffira pas à faire *preuve complète* de la convention qu'elles relatent, parce que les lettres missives ne remplissent pas les conditions exigées par l'article 1325; c'est là tout ce qu'il a enseigné. Et de ce fait il tire la conclusion nécessaire, à savoir que, si les autres éléments de preuve manquent ou si le contractant est de mauvaise foi, le contrat tombera, faute de pouvoir être prouvé. Voilà pourquoi on ne peut plus aujourd'hui traiter par lettres « *avec sûreté*¹. »

C'est donc seulement quant à sa preuve, que le contrat commercial, passé par correspondance, différera du contrat civil conclu de la même façon; Toullier le dit clairement : « Ainsi des lettres missives *suffiront*, devant les tribunaux de commerce, pour prouver la vente d'un parti de marchandises de 300,000 fr.; et *elles ne suffiront pas*, devant les tribunaux civils, pour prouver la vente d'un cheval ou d'un petit coin de terre de 300 fr. Quelle législation ! »

Enfin, quand il se range à l'avis de Merlin, il ne reconnaît pas par là-même qu'il avait adopté l'opinion

¹ MM. Laurent (t. XIX, n° 224), et Ch. Darquer (*Des contrats par correspondance*, p. 16) pensent aussi que Toullier n'a pas nié la possibilité de contracter par correspondance, et qu'il n'a soulevé qu'une question de preuve.

qu'on lui impute; car Merlin avait bien compris l'erreur vraie de Toullier : « Peut-on *prouver* une convention synallagmatique par un ensemble de lettres missives qui l'établissent ¹ ? » Voilà comment il pose la question, et le principal reproche qu'il fait à Toullier est d'avoir voulu appliquer l'article 1325 aux lettres missives, en les considérant comme des actes sous seing privé irréguliers.

§ 6. — L'opinion de Toullier se résume donc dans la proposition suivante : on peut contracter par correspondance, mais la production des lettres des parties ne suffira pas à faire preuve complète de la convention. Cette doctrine a été émise depuis par plusieurs auteurs : M. Duranton ² pense « qu'entre non-commerçants, une vente se constaterait difficilement par de simples lettres, qu'il serait au pouvoir de l'une des parties de supprimer. » M. Laurent ³ dit encore, à propos de l'article 1985 précité : « Cette expression (même par lettre) marque que la preuve par lettres est tout à fait exceptionnelle; elle ne figure pas au chapitre qui traite des preuves; c'est-à-dire que les lettres ne sont pas une preuve légale. »

Nous allons exposer ici cette théorie et la combattre, quoique le présent chapitre ne soit pas consacré à la preuve des contrats par correspondance, parce que cette question domine toute la matière. Si en effet l'on admet que la seule production des lettres suffit à prouver le contrat, il en résulte une grande sécurité pour les parties. Si au contraire cette production est insuffisante pour

¹ Merlin, *Répertoire*, au mot : Double écrit, n° XI.

² T. XVI, § 44.

³ T. XIX, n° 224.

faire preuve complète, les parties ne recourront au contrat par correspondance que lorsqu'elles auront l'une dans l'autre une confiance absolue.

§ 7. — Toullier basait son système sur l'article 1325 : Les lettres échangées entre les parties forment, par leur réunion, un acte sous seing privé, puisqu'à elles deux, les lettres d'offre et d'acceptation contiennent toutes les clauses et conditions du contrat, et les signatures des deux parties ; c'est en quelque sorte comme une taille et son échantillon qui, adaptés l'un à l'autre, forment un tout par leur exacte conformité. Mais ces lettres ne constituent jamais qu'un acte sous seing privé irrégulier, car elles ne peuvent remplir toutes les obligations exigées par l'article 1325 ; elles tombent donc sous la sanction de cet article, c'est-à-dire, non pas qu'elles seront réputées nulles, mais qu'elles seront *non valables*, ce qui veut dire insuffisantes par elles-mêmes pour faire preuve complète : elles vaudront seulement comme commencement de preuve par écrit ¹.

Cette conclusion paraît logique. Pour la combattre, on a prétendu que la réunion des lettres d'offre et d'acceptation forme un acte sous seing privé parfait, et qui répond à toutes les exigences de l'article 1325. Chaque lettre, il est vrai, ne contient qu'une signature, mais il

¹ On admet, en général, que l'acte sous seing privé dressé en contravention de l'article 1325, peut néanmoins servir de commencement de preuve par écrit. La jurisprudence est formée en ce sens. Enseignent cependant une opinion contraire : MM. Zachariæ (t. III, § 590); Duranton (t. XIII, n° 164), et Moulon (t. II, § 1552). Moulon pense que l'irrégularité de l'acte rend non-vraisemblable la perfection du contrat qu'il relate; Zachariæ ajoute qu'elle fait supposer que l'acte est resté à l'état de simple projet.

n'est pas nécessaire que chaque original de l'acte sous seing privé soit signé de tous les contractants ; il suffit que l'écrit qu'une partie détient entre ses mains porte la signature de l'autre, car ainsi chacune a un titre contre son cocontractant ; les lettres sont donc ici suffisantes. — Les deux missives d'offre et d'acceptation ne constituent pas des originaux identiques, mais elles traitent du même contrat, et sont rédigées dans le même sens, puisque l'acceptation ne fait que répéter les termes et les conditions du contrat, tels qu'ils ont été posés dans l'offre. — Enfin, si la mention du double écrit ne se trouve pas formellement dans chacune, elle y est implicitement comprise, car chaque lettre répond à l'autre, en suppose une autre ; et la loi n'exige point de termes sacramentels ¹.

Nous nous refusons à admettre cette assimilation. Si la lettre d'acceptation ne renferme que ces mots : « J'accepte votre proposition, » elle suffit pour engendrer le contrat ; pourtant on ne saurait y voir l'un des deux originaux, qui doivent renfermer, l'un et l'autre, toutes les clauses et conditions de la convention. De plus, la mention des doubles ne se trouve, en fait, ni formellement ni même implicitement contenue dans la lettre, car l'offre seule ne suppose pas le contrat, et l'acceptation a pu se produire à une époque où l'offre n'existait plus.

Nous affirmons donc que les lettres missives ne forment point un acte sous seing privé régulier, et qu'on ne peut y trouver observées les prescriptions de l'article 1325. Mais nous allons plus loin et nous pré-

¹ Voir sur ce point : Ch. Darquer, *Des contrats par correspondance*, pp. 18 et 19.

tendons qu'elles ne constituent même pas un acte sous seing privé irrégulier ; en d'autres termes, qu'elles sont une forme spéciale de la preuve littérale. C'est que les lettres ne sont pas des actes ; l'acte en général, et en particulier l'acte sous seing privé, est un écrit rédigé d'un commun accord par les parties, après la conclusion d'une convention, pour en constater les clauses et la prouver au besoin, enfin signé des deux contractants. Les lettres, au contraire, sont écrites et signées par chaque partie séparément ; leur rédaction précède la formation du contrat ¹, elles-mêmes n'étant qu'un agent de cette formation ; enfin leur but premier est plutôt la convention même que sa preuve. L'article 109 du Code de commerce ne permet d'ailleurs aucune hésitation sur ce point ; cet article, en effet, distingue soigneusement la correspondance d'avec les actes sous seing privé, montrant clairement ainsi que ce sont deux modes de preuve différents. L'article 1985 du Code civil fait la même distinction, nous l'avons vu, à propos du mandat. « Les lettres, disent MM. Lyon-Caen et Renault ², ne sont pas des actes sous seing privé ; ce nom n'est donné qu'à l'écrit dressé d'accord entre les parties, pour constater le contrat. Une lettre constate seulement le consentement de la personne qui l'a écrite. »

Or, de ce que la lettre est différente de l'acte sous seing privé, il résulte que l'article 1325 ne lui est pas applicable. C'est ce que dit M. Demolombe ³ : « ce que

¹ Du moins d'après les trois systèmes : de l'émission, de la réception, et de l'information. Dans le système de la déclaration pure, la rédaction de la lettre d'acceptation se confond avec la formation du contrat.

² *Droit commercial*, t. III, § 64.

³ *Traité des contrats*, t. VI, § 430.

l'article 1325 suppose, ce n'est pas seulement que les parties ont fait une convention synallagmatique ; il suppose qu'elles ont fait une convention synallagmatique *par écrit*, en la rédigeant *dans un acte sous seing privé*.....¹. »

Dès lors le Code, n'ayant pas prévu le cas spécial des contrats conclus par correspondance, laisse la preuve de ces contrats dans les termes du droit commun ; et nous en concluons que les lettres, qui renferment exactement l'expression de la volonté des parties, peuvent, en principe du moins, être admises par le juge pour faire preuve complète de la convention qu'elles constituent. C'est la conclusion de M. Demolombe : « En dehors de ce cas (prévu par l'article 1325), les principes du droit commun reprennent leur empire ; tous les modes de preuve sont admissibles ; »² et, plus loin³ : « Quoique les lettres missives n'aient été, dans le Code, l'objet d'aucune disposition spéciale, il n'est pas douteux qu'elles peuvent faire une preuve, même en matière civile, soit de la libération, soit de l'obligation⁴. ».

§ 8. — Toullier, nous l'avons dit, abandonna plus tard sa doctrine, et admit avec Merlin qu'un contrat peut être prouvé par de simples lettres missives. Depuis lors, l'article 1325 n'a plus été mis en jeu dans la question. L'opinion adverse a fait appel à d'autres

¹ Voir en ce sens : Merlin, *Répertoire* : Double écrit, nos 8-11 ; — Larombière, t. IV, sur l'article 1325, § 44 ; — Delamarre et Le Poitvin, *Droit commercial*, t. I, § 94 ; — Marcadé, sur l'article 1347, n° 5. Etc.

² *Traité des contrats*, t. VI, § 430.

³ *Traité des contrats*, t. VI, § 663.

⁴ Voir en ce sens : Ch. Darquer, *Des contrats par correspondance*, p. 19 ; — J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, § 279 ; — Larombière, t. IV, sur l'article 1325, § 44. Etc.

raisons : on a objecté qu'autoriser une semblable preuve, c'était mettre l'une des parties à la merci de l'autre. Durant on semble être touché par cet argument. C'est, croyons-nous, confondre le cas où la correspondance est reconnue et produite, avec celui où elle est désavouée ou mutilée. Sans doute l'une des parties pourra retenir une pièce de la correspondance, nécessaire à la preuve du contrat ; encore l'autre partie pourra-t-elle en ce cas faire sa preuve par tous moyens. Mais il ne s'ensuit pas que, lorsque les lettres seront reconnues ou vérifiées, elles ne puissent faire preuve complète de la convention, par cela seul qu'avant d'être produites, on aurait pu les supprimer ¹.

§ 9. — M. Laurent invoque, en faveur de son système, le texte de l'article 1985 précité ; puis le silence du Code, au titre de la Preuve, en ce qui concerne les lettres missives ; enfin les premiers mots de l'article 1341.

De l'expression « même par lettre », contenue dans l'article 1985, il conclut que la production des lettres est un mode de preuve tout à fait exceptionnel, spécial au contrat de mandat, et qu'on ne doit point étendre à toutes les autres conventions. Ce qui le confirme dans cette idée c'est que le Code civil, au titre de la Preuve ², ne parle pas des lettres missives, tandis que l'article 109 du Code de commerce prend soin de les comprendre dans son énumération ; il résulterait de là que les lettres missives sont un mode de preuve en droit commercial, mais non en droit civil. L'article 1341 lui paraît d'ailleurs décisif : « *Il doit être passé acte de toutes*

¹ Voir en ce sens : Troplong, *Vente*, n° 31.

² Chapitre vi du titre *Des obligations*.

choses excédant la somme ou valeur de 150 fr. » dit ce texte ; M. Laurent en conclut qu'il « n'y a pas d'autre preuve littérale que celle des actes ¹. »

A l'objection tirée de l'article 1985 nous répondons, comme nous l'avons déjà fait à propos de la validité du contrat par correspondance, que son texte s'explique historiquement, le mandat étant, lors de la rédaction du Code, l'un des rares contrats qui, dans la pratique, se concluait par lettres.

Quant au titre de la Preuve, il est muet, à la vérité, en ce qui concerne les lettres missives ; mais ceci ne fait que confirmer l'explication que nous avons donnée de l'article 1985. En dehors du mandat, le législateur n'a pas songé aux contrats par correspondance ; dès lors il n'avait pas à mentionner la lettre parmi les modes de preuve des conventions. D'ailleurs, en traitant de la preuve littérale, il ne donne point d'énumération limitative ; il parle du titre authentique et du titre sous seing privé, mais il n'exclut pas les lettres missives.

Reste l'article 1341. L'argument qu'on en tire paraît sérieux au premier abord : « *Il doit être passé acte.....* » ; il semble donc que ce texte n'admette pas d'autre preuve littérale que celle qui résulte des actes et, par là, qu'il refuse toute valeur à la production des lettres des parties. Il faut encore remonter à son origine historique pour avoir le sens vrai de l'article 1341.

Dans l'ancien droit, jusqu'à la fin du moyen âge, l'écriture étant ignorée du plus grand nombre, l'admissibilité indéfinie de la preuve testimoniale constituait un principe nécessaire et absolu : « témoins passent lettres, » telle était la règle. Peu à peu pourtant l'écrit-

¹ Laurent, T. XIX, n° 224.

ture se répandit, et la preuve littérale, en raison des avantages qu'elle présente sur le simple témoignage oral, se substitua graduellement à lui. Ce fut l'ordonnance de Moulins, de février 1566, qui marqua la fin de la prépondérance qu'avait jusqu'alors exercée la preuve testimoniale. Dans ce but elle pose, en son article 34, un principe que l'on peut exprimer ainsi : celui qui a pu se procurer une preuve littérale n'est pas admis à faire preuve par témoins, lorsque la chose excède 100 livres. C'était l'introduction de la règle : « Lettres passent témoins. »

L'ordonnance de Louis XIV, de 1667, sur la réforme de la justice, a répété cette disposition¹ ; elle a manifestement inspiré la rédaction de l'article 1341 du Code civil ; le texte même de l'article, et les travaux des rapporteurs le prouvent. Il résulte de là, que le but direct de l'article 1341 n'est point d'imposer aux parties l'obligation de rédiger un acte, mais seulement, quand elles n'ont pas pris ce soin, de leur refuser le droit d'y suppléer par la preuve testimoniale. La place de notre texte sous la rubrique : *De la preuve testimoniale*, les articles qui le suivent et le complètent, (articles 1343 et suivants), rendent cette interprétation absolument certaine². Enfin si l'article 1341 avait le sens qu'on lui prête, il serait en contradiction formelle avec les articles 1329 et suivants qui acceptent, dans certains cas, comme modes de preuve, les livres des marchands, les registres et papiers domestiques, etc..., qui certes ne sont pas des actes.

¹ T. XX, art. 2.

² F. Murlon, t. II, sur l'article 1341, §§ 1598 et suiv. ; — G. Baudry-Lacantinerie, t. II, §§ 1253 et suiv. ; — Ch. Darquer, *Des contrats par correspondance*, p. 21, *in fine*.

§ 10. — J'ajoute deux autres arguments en faveur de notre système. En premier lieu la tradition historique (droit romain et ancien droit), était en ce sens, nous l'avons constaté dans la première partie de ce travail. En particulier, Domat et Pothier admettaient la possibilité de prouver la convention conclue par correspondance, par la production en justice des lettres qui la contiennent. Or le tribun Jaubert, dans son rapport sur les travaux préparatoires, déclare : 1^o que le projet du titre du Code relatif à la matière des obligations est emprunté tout entier aux ouvrages de Pothier et de Domat ; 2^o qu'en cas de divergence entre le Code et la doctrine de ces deux auteurs, la divergence sera indiquée par une disposition formelle. Le silence du Code touchant les lettres missives, au titre des obligations, prouve donc que le législateur n'a pas eu l'intention de s'écarter sur ce point de l'opinion de Pothier et de Domat ¹.

On peut, en deuxième lieu, invoquer des considérations de fait : S'il fallait admettre que la production des lettres missives ne fera jamais preuve complète d'un contrat par correspondance, il en résulterait de grands inconvénients dans la pratique. Les parties, désireuses de s'assurer les preuves du contrat qu'elles vont passer, se verraient obligées de se réunir pour rédiger un acte sous seing privé ; ou bien elles échangeraient des doubles ; ou enfin l'une d'elles enverrait à l'autre une procuration à l'effet de passer acte de la convention ; mais tout cela exige du temps et des frais, et arriverait souvent à rendre absolument impossible la conclusion du contrat ². Enfin, la faveur du commerce ne nous

¹ Voir Merlin, *Répertoire* : Double écrit, n^o XI ; — Valéry, *Des contrats par correspondance*, § 274, p. 253, *in fine*.

² Ch. Darquér, *Contrats par correspondance*, p. 20.

paraît pas une raison suffisante pour justifier cette différence considérable entre les contrats par correspondance civils et commerciaux, à savoir que les lettres suffiraient à prouver les seconds, en vertu de l'article 109 du Code de commerce, tandis qu'elles ne fourniraient aux premiers qu'un commencement de preuve par écrit. Nous concluons donc, qu'en principe le juge, chargé de statuer sur un contrat par correspondance, pourra trouver des preuves suffisantes dans les lettres qui seront produites par les parties.

§ 11. — La discussion que nous venons d'examiner n'a trait, nous l'avons dit, qu'aux conventions synallagmatiques ; aussi personne n'a-t-il songé à nier la validité d'un contrat unilatéral, un cautionnement par exemple, conclu par correspondance ; rien non plus ne s'oppose à ce que l'on prouve un tel contrat, en produisant les lettres qui l'établissent ¹.

Toutefois, M. Aubert ² dit : « Pour les contrats unilatéraux, il est hors de doute que, *si l'article 1326 a été respecté*, la lettre sera un moyen de preuve complète et absolument irrécusable que les magistrats devront admettre » ; d'où il semble conclure que si cet article 1326 est violé, les lettres des parties ne pourront pas faire preuve, ou du moins preuve complète. Cette question, remarquons-le, est analogue à celle que nous venons de discuter : dans la première, on se demandait si l'article 1325 était applicable aux conventions synallagmatiques conclues par lettres ; ici on recherche si l'article 1326 doit s'appliquer aux conventions unilatérales conclues de la même façon.

¹ Ch. Darquer, *Contrats par correspondance*, p. 18 ; — Abadie, *Propriété des lettres missives* (thèse), p. 111.

² Aubert, *Contrats par correspondance* (thèse), pp. 148, 149.

Quelle est donc la portée de l'article 1326 ? « Le billet ou la promesse sous seing privé, par lequel une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable, doit être écrit en entier de la main de celui qui le souscrit ; ou du moins il faut, qu'outre sa signature, il ait écrit de sa main un bon ou un approuvé, portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose. »

Tout d'abord l'article 1326 ne s'applique pas à toutes les conventions unilatérales, mais seulement à celles qui ont pour objet une somme d'argent ou une chose appréciable. De plus, la seule obligation qu'il impose à la partie qui s'oblige est d'écrire elle-même la promesse en entier, ou tout au moins de la signer et d'écrire de sa main un bon ou un approuvé. Enfin le deuxième paragraphe de l'article exempte de ces formalités les marchands, artisans, etc. — La portée de notre texte étant ainsi restreinte, la question se pose ainsi : La lettre, contenant une convention unilatérale ayant pour objet une somme d'argent ou une chose appréciable, quand elle n'est pas écrite de la main de la partie qui s'oblige¹, tombe-t-elle sous le coup de l'article 1326 ? Si l'on admet l'affirmative, elle pourra seulement servir de commencement de preuve par écrit. En effet, la jurisprudence, après avoir longtemps soutenu l'opinion contraire, est aujourd'hui fixée en ce sens que l'acte passé en violation de l'article 1326 peut néanmoins fournir

¹ Le fait peut se produire dans deux cas : ou bien la partie qui s'oblige a dicté la lettre à un tiers, un secrétaire par exemple, et l'a seulement signée, ou bien à une lettre qui la priait de s'obliger, par exemple de se porter caution de la dette d'un tiers, elle a répondu simplement : « J'accepte, » sans inscrire en toutes lettres la somme ou la quantité qu'elle consentait à garantir.

un commencement de preuve ; et c'est à juste titre, croyons-nous, car il est impossible de ne pas reconnaître qu'un écrit signé de la partie qui s'engage, quoique non approuvé, ne rende au moins vraisemblable l'engagement qu'il renferme ¹.

Nous ne pensons pas que les lettres missives soient soumises aux formalités prescrites par l'article 1326. En fait, le législateur n'a pas plus visé les contrats par correspondance dans l'article 1326 que dans l'article 1325. En effet, la règle qu'établit notre texte ne s'applique pas à toute convention unilatérale constatée par écrit, mais seulement à celles contenues *dans un acte sous seing privé* ; si le début de l'article 1326 pouvait laisser quelques doutes à cet égard, son second paragraphe ferait cesser toutes les hésitations : « Excepté dans le cas où *l'acte émane...* » dit-il ; il s'agit donc bien d'un acte ; or, nous l'avons dit, la lettre missive n'est pas un acte, donc l'article 1326 ne lui est pas applicable.

§ 12. — En résumé, le Code de commerce prévoit la conclusion de contrats par correspondance, et, en citant les lettres missives au nombre des modes de preuve commerciaux, admet par là même qu'elles peuvent faire preuve complète de la convention.

Le Code civil est muet, sauf à l'égard du contrat de mandat. Son silence nous montre que le législateur de 1804 n'a pas voulu rompre avec la tradition, et dès lors qu'on peut prouver un contrat par la production en justice des lettres qui le constatent.

La jurisprudence enfin a toujours admis la validité des contrats par correspondance, et la possibilité de les prouver par les lettres des parties. On a bien prétendu

¹ Voir Marcadé, sur l'article 1326 et sur l'article 1347.

trouver une doctrine contraire dans un arrêt d'Agen du 17 janvier 1824 ¹, mais c'est à tort. L'arrêt en question dit simplement que, la correspondance de l'une des parties étant déniée, le contrat n'est pas prouvé dans l'espèce ; il ne dit pas que cette preuve est inadmissible.

Plusieurs autres questions se posent encore, relativement à la preuve de nos contrats, et en particulier celle-ci : quel caractère devra présenter la correspondance pour que le juge y trouve des éléments de preuve suffisants ; quand, au contraire, ne devra-t-il y voir qu'un commencement de preuve par écrit ? Ces questions feront l'objet d'un chapitre spécial. Pour l'instant, nous n'avons voulu que poser le principe, à savoir que *les lettres missives peuvent suffire à prouver un contrat*.

¹ Dalloz, 25, II, 34.

CHAPITRE II

Formation et preuve des Contrats par correspondance

SECTION PREMIÈRE

Comment se forment les Contrats par correspondance ?

§ 1. — Nous avons constaté dans le précédent chapitre que, d'une façon générale, la manifestation du consentement n'est soumise par nos lois à aucune forme spéciale : *Solus consensus obligat*, la convention fait la loi des parties, telle est la règle que pose le Code dans son article 1134.

A cette règle, il n'y a d'exceptions que relativement à ces contrats qu'on est convenu d'appeler *solennels*. Ce sont là des contrats, qu'à raison de leur gravité exceptionnelle, et des conséquences qu'ils engendrent, la loi a cru devoir entourer de formalités spéciales, destinées à faire comprendre aux contractants l'importance de l'acte qu'ils accomplissent, et à éviter les fraudes ou les erreurs. A l'égard de ces conventions, il est vrai de dire que c'est la forme qui donne l'existence à la chose, *forma dat esse rei*, car les formalités auxquelles la loi astreint la manifestation du consentement sont prescrites à peine d'inexistence même du contrat. Les con-

trats solennels sont peu nombreux dans notre Droit; nous en trouvons deux relatifs aux personnes : Le mariage (art. 165, C. c.) et l'adoption (art. 353, C. c.); et quatre relatifs aux biens : La donation (art. 931, C. c.); le contrat de mariage (art. 1394, al. 1, C. c.); la constitution d'hypothèque ¹ (art. 2127, C. c.); enfin la subrogation consentie par le débiteur (art. 1250, al. 2, C. c.) ².

De la nécessité de ces formalités, qui le plus souvent consistent dans l'intervention d'un officier public, il résulte que les contrats solennels ne se peuvent jamais conclure par lettres. Mais ce sont des exceptions strictement limitées par la loi; hors de là, les volontés s'expriment librement, sous quelque forme que ce soit, pourvu qu'elle soit claire.

Toutefois, quelques autres conventions ont soulevé des difficultés : On a mis en doute la validité d'une transaction et d'un cautionnement conclus par lettres missives ³. Je m'empresse d'ajouter que ces doutes, aujourd'hui, n'existent plus.

Enfin, en matière commerciale, les auteurs ne sont pas d'accord sur le rôle que peuvent jouer les lettres missives dans les conventions relatives aux effets à

¹ Remarquons que l'article 2127 du Code civil n'exige l'authenticité que dans l'acte par lequel l'hypothèque est consentie. On en a conclu, et avec raison selon nous, que la promesse de constituer une hypothèque, contenue dans une lettre missive, était parfaitement valable, et que le créancier hypothécaire pouvait, sur la foi d'une telle lettre, obtenir l'exécution de l'engagement qu'elle renferme; un jugement pourrait obliger le débiteur à constituer l'hypothèque qu'il avait ainsi promise. — Voir A. Girault, *Des contrats par correspondance*, § 32.

² Voir A. Girault, *loc. citat.*, § 31, p. 37; — Ch. Darquer, *Des contrats par correspondance*, p. 23, *in fine*.

³ Voir Ch. Darquer, *loc. citat.*, p. 25.

ordre. Ces conventions se traitent souvent par correspondance. Or, la question se pose de savoir si l'acceptation ou l'endossement d'une lettre de change ¹ peuvent résulter d'une simple lettre missive, ou s'ils doivent nécessairement être inscrits sur le titre lui-même ? Nous n'entrerons pas dans ces discussions qui sortent des limites que nous avons dû nous tracer ². Nous enregistrons simplement l'opinion qui semble prévaloir sur ces points. La transmission d'une lettre de change ne peut résulter que d'une inscription faite au dos du titre transmis, cela résulte de l'expression même d'*endossement* ³. — Quant à l'acceptation de la lettre de change, la jurisprudence a plusieurs fois varié, et ne semble pas fixée sur ce point. La doctrine, quoique divisée, adopte plus généralement le système qui refuse de voir, dans l'acceptation par lettre missive, une obligation de lettre de change ⁴. C'est cette opinion qu'ont consacrée les législations étrangères les plus récentes (Code de commerce belge de 1872, titre VIII, art. 12; — Code fédé-

¹ Quant à l'aval, la question ne se pose pas ; elle a été tranchée par l'article 142 du Code de commerce (contrairement à notre ancien droit : ordonnance de 1673, titre V, art. 33), en ce sens que l'aval peut être fourni « sur la lettre même ou par acte séparé. » — Voir J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, § 245, p. 225.

² Cette étude porte sur les Contrats par correspondance en général.

³ Voir J. Valéry, *loc. citat.*, § 246, p. 226.

⁴ Nous disons : « une obligation de lettre de change, » car sans aucun doute le tiré, qui écrit dans une lettre qu'il accepte une traite, s'oblige par sa lettre. La difficulté porte sur la nature de l'obligation qu'il contracte : si le tiré a accepté dans une lettre missive, sera-t-il tenu, en vertu de la traite, avec la *rigor cambialis*, ce qui aurait pour effet de commercialiser son obligation ? Voilà la question.

ral suisse sur les obligations, de 1881, art. 739; — Code de commerce italien de 1882, art. 262; — Loi générale allemande sur le change, art. 221) ¹.

§ 2. — Quoi qu'il en soit de ces cas particuliers, le principe est qu'un contrat peut être conclu par correspondance. Nous allons maintenant rechercher à quelles conditions il le sera.

Les contrats par correspondance n'étant qu'une modalité des contrats en général, modalité qui résulte de la façon particulière dont s'expriment les volontés des parties, nous n'avons à nous occuper ici que de la première des conditions essentielles pour la validité des conventions (art. 1108, C. c.), à savoir : le consentement ².

Le consentement est l'accord de deux ou plusieurs personnes sur un même point.

Il suppose donc, en premier lieu, l'existence de deux volontés, et nous ajoutons, de deux volontés *manifestées*. Au point de vue juridique, en effet, une volonté ne prend naissance qu'au moment où elle s'exprime. Jusque-là, c'est une intention, une pensée intime que rien ne révèle et qui n'a pas d'existence légale. « Une volonté qui n'est pas connue, dit Toullier, est en jurisprudence comme si elle n'existait pas. »

On donne le nom *d'offre* ou *proposition* à la volonté qu'exprime celui des contractants qui prend l'initiative

¹ Voir sur ce point : J. Valéry, *loc. citat.*, §§ 244 à 245, pp. 223 et suiv.; — A. Girault, *loc. citat.*, § 36, pp. 43 et suiv.

² Nous avons déjà examiné cette question à propos de la formation des Contrats par correspondance en Droit romain; aussi n'entrons-nous ici dans des détails que sur les points particuliers au Droit français, ou qui ont soulevé des discussions.

du contrat. L'adhésion de l'autre partie constitue l'*acceptation*.

Il faut, en deuxième lieu, que ces volontés exprimées concourent : Je veux vous vendre mon cheval 1,000 fr.; et vous voulez me l'acheter pour la même somme. J'ai manifesté à un ami ma volonté de vendre; et vous avez de même exprimé à un tiers votre intention d'acheter; mais chacun de nous ignore ce que l'autre veut. Il y a bien là deux volontés exprimées, patentes, mais il n'y a pas contrat. Il y a seulement deux volontés parallèles; pour que le concours s'établisse, il faut qu'elles cessent d'être isolées, qu'elles se rencontrent.

Le consentement suppose donc et la manifestation extérieure des volontés des parties, et l'accord de ces volontés.

§ 3. — Comment se produit cette double opération, au cas de contrat conclu par correspondance ?

Entre personnes présentes, les volontés des parties s'expriment par la parole; même un simple geste pourra suffire. De plus, l'acceptation suivant de près la proposition à laquelle elle répond, on peut presque dire que la manifestation et le concours des volontés ne font qu'un; en tous cas, ce concours se constate facilement.

Il n'en est pas de même entre absents. Les parties, étant séparées l'une de l'autre, sont obligées de recourir à un intermédiaire pour se transmettre leurs volontés. Un temps plus ou moins long s'écoule entre l'offre et son acceptation. Il en résulte que la manifestation de chaque volonté, et le concours des deux, nous apparaissent comme des faits distincts, et qui se produisent à des intervalles plus ou moins éloignés. Nous allons les étudier l'un et l'autre.

Avant d'entrer dans la question, posons un principe que l'on ne doit jamais oublier dans ces matières : quelque fréquent d'ailleurs qu'il soit à l'heure actuelle, le contrat entre absents est l'exception ; la manière d'être normale d'une convention est de se conclure entre personnes présentes. C'est, nous l'avons vu, sous l'influence des circonstances, des nécessités sociales, des progrès commerciaux et des rapports internationaux que le contrat par lettres a pris naissance. La conclusion pratique de cette remarque est, qu'en cas de difficulté, c'est toujours au contrat entre présents qu'il faut se reporter ; ce sont les règles auxquelles il est soumis qu'il faut appliquer.

Manifestation. — Nous avons dit qu'entre présents la volonté se manifeste par la parole. Entre absents, ce sera par la lettre ou le télégramme, qui ne sont que la parole écrite ou imprimée. Mais ici apparaît la difficulté : tandis que la parole ne présente qu'un acte unique, dans lequel on ne peut séparer la volonté, de son expression, la lettre ou le télégramme supposent toute une série d'opérations successives : écriture de la lettre ou du texte du télégramme, remise de l'un ou de l'autre à un agent de transport, transport lui-même, réception par le destinataire, enfin prise de connaissance par ce dernier de ce qui y est contenu.

Quelle est, de ces diverses opérations, celle qui manifeste la volonté du contractant, qui lui donne son existence juridique ? Ce point est loin d'être résolu de la même façon par tous les auteurs.

La rédaction, sur le papier, d'une lettre d'offre ou d'acceptation vaut-elle, par elle seule, manifestation de la volonté de son auteur ? Je n'admets pas sur ce point l'opinion de M. Troplong, opinion d'après laquelle il

n'y aurait encore là qu'un *propositum in mente retentum*. En fait, ce n'est plus une pensée intime, une simple intention, c'est une volonté qui a revêtu une forme extérieure, palpable; il y a eu un acte volontaire, un commencement de dessaisissement. Seulement, au point de vue juridique, cet acte ne constitue qu'une manifestation insuffisante.

On admet en général cette idée; sur quoi la fonde-t-on? Dans ce cas, dit M. Demolombe ¹, « la lettre m'appartient toujours, puisque je n'en suis pas encore dessaisi *irrévocablement*, et je suis maître de mon acceptation comme de la lettre qui la renferme. » La manifestation de la volonté se caractérise donc par un acte de dessaisissement devenu *irrévocable*, ce qui signifie, non pas que son auteur n'en pourra jamais, à l'avenir, détruire l'effet, mais seulement qu'il ne dépendra plus de lui de l'empêcher de parvenir à la connaissance de son co-contractant.

L'écriture de la lettre ou du télégramme n'indique qu'un projet, et un projet révocable. Quel est l'acte qui le transformera en volonté juridique, en le rendant irrévocable? Les dissensions commencent à cet endroit.

Ma lettre une fois écrite, je la confie à l'agent que j'ai choisi pour la transporter. Le pouvoir que j'avais d'anéantir et ma lettre et la volonté qu'elle renferme n'est plus aussi immédiat. Cette intervention d'un agent de transport constitue-t-elle le dessaisissement juridique?

Par hypothèse, je remets ma lettre à un domestique ou un mandataire que je charge de la faire parvenir à

¹ Demolombe, t. XXIV (t. I, *Des contrats*), § 72.

son destinataire. Tant que ces personnes ne se seront pas acquittées de leur mission, le dessaisissement n'est pas complet, car je puis rappeler mon domestique ou révoquer mon mandataire; je demeure donc maître de ma volonté, comme je suis maître de l'intermédiaire chargé de l'exprimer.

On admet encore cette idée ¹, mais on refuse de l'étendre à l'administration des postes et des télégraphes. Les auteurs placent en général le dessaisissement de la volonté à l'instant où la lettre est jetée dans la boîte, ou le télégramme remis à l'employé chargé de le transmettre ². Cette distinction nous semble inadmissible.

Quelque solution qu'on adopte sur la nature du contrat passé entre l'expéditeur et l'administration des postes, il n'en résulte pas que le fait de jeter une lettre dans la boîte présente un caractère d'irrévocabilité. L'administration joue-t-elle le rôle d'un messager? Mais je puis, quand je le veux, renoncer au contrat que j'ai passé avec un messager, et lui retirer, même en cours de route, même après l'arrivée à destination, et jusqu'au moment de la remise au destinataire, l'objet que je l'avais chargé de transporter; je serai seulement obligé de l'indemniser de ses frais, ou du préjudice que j'ai pu lui causer. Est-elle le mandataire de l'expéditeur? Mais, aux termes de l'article 2003 du Code civil, le mandat est révocable jusqu'à parfaite exécution.

On a objecté le caractère public de l'administration postale; c'est, dit-on, le mandataire de tout le monde;

¹ Demolombe, *loc. citut.*, § 72.

Idem, § 73.

done non pas seulement de l'expéditeur, mais du destinataire aussi. Ce dernier prendrait possession de la lettre ou du télégramme par l'entremise de la poste, son mandataire. Nous ne saurions admettre que chaque individu soit ainsi censé avoir donné à l'administration des postes un mandat tacite et général de lui livrer tous les objets qu'elle recevrait en son nom. « Comment voir un mandant, a dit M. G. Cousin ¹, en la personne de celui qui peut refuser les objets que la poste lui apporte, sans même être tenu de la désintéresser des frais faits par elle, quand les objets transportés n'ont pas été affranchis? »

Longtemps, l'administration des postes considéra la mise d'une lettre dans la boîte comme un acte irrévocable, et se refusa absolument au retrait des correspondances. C'est en 1868 seulement que, sur l'exemple des nations voisines, elle revint à une doctrine qui nous semble plus juridique. Dans l'instruction générale sur le service des postes du 20 mars 1868 (article 389), elle autorisa l'expéditeur repentant à retirer la lettre mise dans la boîte, pourvu que cette lettre ne fût pas encore en cours de route. La logique exigeait que l'on permit le retrait dans tous les cas; c'est ce que décide un avis du Conseil d'État du 6 août 1883 ²: « Considérant qu'il est de l'essence du mandat d'être révocable au gré du mandant, » il déclare « que l'expéditeur d'un objet confié à la poste a le droit d'en réclamer le retrait et la remise entre ses mains, *tant que cet objet n'a pas été délivré au destinataire*; mais qu'il appartient à l'admi-

¹ *Des contrats entre absents* (thèse), pp. 120 et suiv.

² *Bulletin mensuel des Postes*, 1884, n° 19, p. 809, Instruction, n° 314.

nistration des postes de régler les conditions dans lesquelles ce droit peut être exercé. » S'inspirant de cette idée, l'administration a autorisé le retrait des lettres jusqu'à leur délivrance, sous la seule obligation, pour l'expéditeur, de prouver son identité. Le droit au retrait a été étendu aux dépêches télégraphiques par l'article 14 du décret du 16 avril 1881, et par les articles 28 et suivants du décret du 12 janvier 1894. Enfin il a été proclamé en matière postale internationale, par l'article 5 *bis* de l'acte additionnel de Lisbonne du 21 mars 1885.

La doctrine adverse objecte qu'une loi bien formelle eût pu seule autoriser cette faculté ; car il y a, dans le fait de mettre une lettre à la poste, un dessaisissement et un dessaisissement volontaire. Nous répondons qu'il y a bien là, du fait de l'expéditeur, un acte volontaire, mais non un acte irrévocable. J'ai bien eu l'intention de transmettre au destinataire et ma lettre et l'expression qu'elle contient de ma volonté, mais qu'importe ! Ma volonté n'a pas changé de caractère, par cela seul que je me suis dessaisi de son enveloppe ; elle est toujours mienne ; et, quant à la lettre, il faut ici appliquer le principe que nous avons trouvé en droit romain, à savoir qu'elle ne deviendra la propriété de son destinataire que quand il l'aura reçue : « *Si epistolam tibi misero, non erit ea tua antequam tibi reddita fuerit.* » Nous avons, en effet, prouvé que l'administration des postes ne pouvait être considérée comme le mandataire du destinataire. Je suis donc à la fois le maître de ma volonté, et le propriétaire de la lettre qui la contient ; rien ne peut s'opposer à ce que je reprenne l'une et que j'anéantisse l'autre, auquel cas il n'y aura jamais eu de volonté.

Supposons maintenant que la lettre a été remise par la poste à son destinataire, ou par son auteur au domestique ou au mandataire du destinataire. Il s'est produit là un fait nouveau : La propriété de la lettre a passé de celui qui l'a écrite à celui auquel elle est adressée ; d'où il résulte que l'acte de dessaisissement est devenu irrévocable, car l'expéditeur ne peut désormais pas plus détruire la lettre que tout autre objet appartenant à autrui. Quelques auteurs s'arrêtent là, et pensent que c'est à cet instant qu'il faut placer le dessaisissement juridique de la volonté. Nous ne saurions admettre cette opinion. Il ne suffit pas, pour nous, que l'acte de manifestation devienne irrévocable, il faut de plus que le co-contractant en prenne connaissance, et cette connaissance, dans le cas spécial d'un contrat par correspondance, ne se produira que par la lecture que le destinataire fera de la lettre, après l'avoir reçue.

Il faut distinguer, en effet, la volonté d'une personne d'avec la lettre qui renferme cette volonté. Il n'y a pas là, comme dans la parole, confusion absolue de la forme et du fond. La lettre, chose matérielle, est susceptible, comme tout autre objet, d'une transmission de propriété, et le destinataire en devient maître par la remise qui lui en est faite, soit à sa personne, soit par l'entremise de son représentant. Sa prise de possession est en quelque sorte passive. Toute autre est la nature de ce qui est contenu dans la lettre ; c'est une pensée, une intention, chose immatérielle, insusceptible de faire l'objet d'une transmission de propriété. Elle est et demeurera toujours la chose de son auteur. « Qu'on pense par lettre ou autrement, » disait M. Royer-Collard dans la commission chargée, en 1825, d'élaborer un projet de loi sur la propriété littéraire, « on conserve

son droit à sa pensée..... » Tout ce que la lettre permet à son destinataire est d'y puiser certains droits que son auteur veut par elle lui accorder. Ces droits, la transmission de la propriété de la lettre ne suffit pas à les lui faire acquérir ; il faut de sa part un fait actif, qui consiste dans la connaissance qu'il en prend. Il résulte de là que si l'auteur des propositions, après les avoir écrites et remises au mandataire du destinataire, vient à se repentir, et qu'employant un moyen de transport plus rapide, il prévienne par avance ce dernier qu'il ait à considérer la lettre comme non avenue, il n'y aura jamais eu d'offre, jamais de manifestation de volonté. Le destinataire est bien devenu propriétaire de la lettre, mais il n'a jamais pu acquérir les droits qu'elle était chargée de lui transmettre, car, quand il l'a lue, la volonté qu'elle exprimait n'existait plus.

Nous prétendons donc que la manifestation juridique d'une volonté ne peut résulter que de cette double opération : dessaisissement irrévocable de la part de l'expéditeur, et prise de connaissance par le destinataire. Une analyse rapide du consentement montrera la nécessité de ce double élément.

§ 4. — Toute manifestation de volonté met en présence deux personnes. On ne peut concevoir une proposition sans une personne qui la puisse accepter, ni une acceptation sans une personne qui ait fait une offre préalable. Et ceci est vrai même au cas d'offres indéterminées, qui s'adressent alors à la masse du public, à des inconnus c'est vrai, mais pourtant à des personnes existantes. La manifestation de volonté n'existe pas par elle-même ; il lui faut un objet sur

lequel elle puisse se reposer. Elle suppose donc le fait de deux personnes : un acte volontaire et irrévocable de son auteur, acte de dessaisissement ; un acte volontaire aussi de celui à qui elle s'adresse, prise de connaissance.

Dans le cas de consentement exprimé entre personnes présentes, nous retrouvons, quoique moins nettement, ces deux opérations. « Il est évident, dit M. Cousin ¹, qu'un acte accompli, mais connu par son auteur seulement, équivaudrait à l'absence complète d'acte..... Cette décision s'impose, lorsqu'en présence d'une personne, on accomplit un acte qu'elle ne peut ou percevoir ou comprendre, comme parler à un sourd, à quelqu'un qui dort, ou en une langue inconnue de l'interlocuteur, ou approuver par signe en présence d'un aveugle. » Ce n'est pas en ouvrant la bouche qu'on manifeste sa volonté, mais au fur et à mesure qu'on l'exprime et que le co-contractant la perçoit ; une offre n'a de valeur qu'autant qu'elle peut permettre à une acceptation de se produire. S'il nous était permis de faire une comparaison, nous dirions que, de même qu'en physique on reconnaît que les vibrations de l'air ne produisent un son que parce qu'il y a des oreilles pour les saisir, de même, au point de vue philosophique, l'intention de proposer ne devient une proposition qu'autant qu'une personne peut la connaître et l'accepter.

Entre absents, la nécessité de cette connaissance est plus évidente encore. « ...Celui qui seul dans sa chambre, dit encore M. Cousin ², s'écrierait à la lecture

¹ Cousin, *Contrats entre absents*, en Droit romain, (thèse), § 40, pp. 62, 63.

² *Loc. citat.*

d'une proposition avantageuse : « j'accepte, » serait identiquement dans la situation de celui qui aurait voulu accepter et ne l'aurait pas dit. » La remise de la lettre au destinataire n'est, en somme, « qu'un acte accompli mais connu par son auteur seulement » suivant l'expression précitée, car le destinataire ne sait encore ni qui lui écrit ni ce qu'on lui écrit. La lettre agit comme le ferait son auteur lui-même, ou mieux comme le ferait le mandataire de son auteur ; le mandataire n'oblige son mandant qu'à mesure qu'il exprime sa volonté ; de même la lettre n'oblige son auteur qu'à mesure que le destinataire la lit et la comprend : *Epistola, tacitus nuntius*. Celui qui reçoit une proposition ne la possède que comme l'écolier possède sa leçon : en la sachant.

Qu'on ne s'étonne pas si, dans cette question, nous avons recherché l'essence même du consentement ; le silence du Code nous oblige à faire appel en cette matière aux principes philosophiques. M. Wurth l'a dit formellement dans un discours de rentrée, prononcé devant la Cour d'appel de Gand ¹ : « le Code civil ne dit pas à quelles conditions le consentement est parfait. C'est donc à la science qu'il appartient de déterminer ces conditions ; c'est à la métaphysique du Droit qu'il appartient de résoudre la question. »

§ 5. — Nous concluons de là que chacune des volontés des parties n'existe, au point de vue juridique, que quand elle s'est manifestée, et que l'autre partie en a pris connaissance ; c'est-à-dire, spécialement pour les contrats par correspondance, que quand la lettre d'offres sera parvenue chez le futur acceptant, et que celui-ci

¹ *Belgique judiciaire*, t. XX, n° 89.

l'aura lue ; que quand la lettre d'acceptation aura été remise au proposant, et qu'il en aura pris connaissance.

Concours. — Dès lors, on le conçoit, la rencontre des volontés qui doit produire le consentement ne pourra résulter que de la connaissance réciproque de ces volontés. Il faut, pour que le concours existe, que je veuille ce que le proposant veut, et cela au moment même où il le veut ; il faut donc qu'à un même instant je sache que Pierre me fait une offre, et que j'accepte cette offre, et que Pierre ait connaissance de mon acceptation.

Kant¹ exprime clairement la nécessité de cette connaissance réciproque des volontés, dans sa définition de l'obligation : « Un droit personnel, nous dit-il, consiste dans la possession de l'arbitre d'une autre personne, comme faculté de la déterminer, par mon propre arbitre, à une certaine action compatible avec les lois de la liberté. » Et M. Wurth² en tire la conclusion en disant : « Pour qu'il y ait contrat, il ne suffit pas que deux consentements aient coexisté sur un seul et même point, il faut encore que les deux consentements se soient mutuellement connus, car cette connaissance de volontés est un élément indispensable du *duorum in idem placitum consensus*. C'est par elle que s'opère la prise de possession réciproque du libre arbitre de chacun des deux contractants, et que se forme le *nexus*. »

§ 6. — La façon, dont nous comprenons la manifestation et le concours des volontés, montre quel est le parti que nous prenons dans la grande discussion qui s'élève, à propos de l'instant et du lieu où se forme le contrat par correspondance. Aussi les idées que nous venons

¹ *Eléments métaphysiques de la doctrine du Droit*, § 18.

² *Loc. citat.*

d'émettre sont-elles loin d'être adoptées par tous les auteurs. Nous n'exposerons pas ici l'opinion de nos adversaires; ce sera l'objet de la section suivante. Nous avons seulement voulu donner une notion générale du consentement, ce qui va nous permettre de trancher les difficultés qui naîtront à propos des diverses sortes d'offres et d'acceptations.

§ 7. — Une dernière remarque : Nous avons dit que la lettre et le télégramme pouvaient servir à manifester l'une ou l'autre volonté des contractants, proposition ou acceptation. Nous avons supposé jusqu'ici que toutes les deux étaient faites par lettre ou par télégramme. Mais cela n'est pas indispensable pour qu'on se trouve en présence d'un contrat par correspondance. Il suffit pour cela que les deux conditions suivantes soient remplies : 1° une des phrases au moins du contrat (proposition ou acceptation) s'est produite par lettres; 2° les parties n'étaient pas en présence quand elles ont conclu le marché. Ainsi, je vous ai rencontré hier et vous ai proposé de vous vendre mon cheval pour 1,000 fr.; vous ne vous êtes décidé qu'aujourd'hui, et vous m'avez écrit que vous acceptiez mon offre; voilà un contrat par correspondance, quoique la proposition eût été faite entre présents. De même je vous offre, par lettre, de vous expédier un bateau de charbon; il a été préalablement convenu entre nous, qu'au cas où vous ne refusez pas expressément les marchés que je vous propose, votre silence vaudra acceptation; vous ne répondez pas à mon offre et je vous livre ma marchandise, voilà encore un contrat par correspondance, quoiqu'on n'y rencontre point de lettre d'acceptation ¹.

¹ Personne n'a songé à nier qu'un contrat par correspondance était susceptible d'une acceptation tacite. Mais M. Darquer (*Des*

SOUS-SECTION PREMIÈRE

DE L'OFFRE

§ 1. — *L'offre ou proposition, ou encore pollicitation, est celle des volontés qui se manifeste la première ; elle est l'œuvre de la partie qui prend l'initiative du contrat. Elle peut donc émaner soit du futur créancier, soit du futur débiteur.*

Quels caractères intrinsèques la manifestation de volonté doit-elle présenter, pour avoir la valeur d'une proposition ?

1° Elle doit être non équivoque ;

2° Elle doit énoncer toutes les conditions du contrat qu'elle propose.

§ 2. — 1° *Elle doit être non équivoque.* — Nous entendons par là qu'elle doit indiquer clairement, de la part de son auteur, l'intention de donner naissance à un contrat. Nous ne verrions donc pas une proposition dans cette expression dubitative : « Les loyers diminuent tellement que je me dessaisirais volontiers de ma maison, si j'en trouvais 200,000 fr. » Ce n'est encore qu'un projet. Son expression n'indique pas une volonté bien réfléchie, une décision formelle. M. Duranton¹ va même plus loin ; il n'admet pas que le contrat soit formé lorsque j'ai dit : « Je veux vendre telle chose moyennant tel prix, et que quelqu'un, même celui à qui j'au-

contrats par correspondance, p. 51) prétend que « l'offre est toujours faite par écrit » ; voir en sens contraire : M. Valéry, *Des contrats par correspondance*, § 84.

¹ Duranton, t. XVI, n° 46, *in fine*.

rais adressé la parole, aurait répondu : Je veux bien l'acheter pour ce prix ; car je n'ai pas dit que c'était à lui que je voulais vendre ; il pourrait fort bien se faire, en effet, que je ne voulusse pas traiter avec lui, par des motifs même autres que ceux tirés de sa solvabilité ; en sorte que, quand bien même il m'offrirait de me payer comptant, je ne serais point obligé de lui livrer la chose. »

Pothier s'est demandé si les expressions : « Je veux vendre », « je voudrais vendre », contiennent une offre que l'acceptation rendrait définitive. Il cite sur ce point les opinions contraires de Cynus et de Fabien. Pour lui, dire « je veux vendre, » c'est la même chose que dire « je vends, » parce que « vouloir faire une chose qui se fait par la seule volonté de la faire, sans aucun fait extérieur, c'est la faire. » Mais il ne considère que comme un projet l'expression : « Je voudrais vous vendre telle chose au prix de..... » M. Bédarride ¹ fait la même distinction ; la première de ces deux offres indique, d'après lui, « une volonté née, actuelle, arrêtée, dont la réalisation est uniquement subordonnée à l'acceptation de la proposition par celui à qui elle est adressée. » Mais il n'en est pas de même de la deuxième, parce que « l'intention de vendre n'y est indiquée que comme un projet, sans indication du moment de sa réalisation..... » *« Verbum imperfecti temporis rem adhuc imperfectam significat. »*

Cette distinction nous semble un peu subtile. En tous cas, la conclusion que l'on doit tirer de ces observations est que la proposition, qu'elle se fasse d'ailleurs entre présents ou par lettre, doit être sérieuse, exempte

¹ Bédarride, *Droit commercial*, Achats et Ventes, nos 112, 113.

d'équivoque. Si des difficultés s'élèvent à son sujet, elles constituent des questions d'interprétation de la volonté des parties, ou des termes de la convention, et comme telles sont soumises à l'appréciation souveraine des tribunaux.

§ 3. — 2° *Elle doit énoncer toutes les clauses du contrat à venir.* — C'est à cette condition seulement qu'elle se distinguera des pourparlers.

Un acte, en effet, ne constitue pas une proposition, par cela seul qu'il a pour but d'amener un accord de volontés. Je vous écris pour vous avertir que je viens de recevoir une cargaison de cotons, que j'en ai de toutes les qualités et de tous les prix. C'est une offre de services, une première démarche en vue d'une convention à venir, mais ce n'est pas une proposition de contrat.

L'offre ne cesse d'être un simple pourparler, que lorsqu'elle renferme toutes les conditions et clauses d'un contrat spécial, de telle sorte qu'il suffise, pour que le contrat naisse, que le contractant dise : « J'accepte. » Il résulte de là qu'une proposition, qui présentait d'ailleurs tous les caractères d'une offre véritable, perdra cette qualité si celui à qui elle est adressée la modifie. Je vous offre de vous vendre tel cheval en particulier pour la somme de 1,000 fr. ; je vous livrerai le cheval dans les huit jours et vous me paierez dans le même délai. C'est bien là une offre juridique que votre adhésion pure et simple peut transformer en contrat. Vous répondez que vous acceptez, mais à la condition que vous n'entrerez en jouissance que dans six mois. Cette acceptation conditionnelle n'est pas une acceptation juridique, car elle ne produit pas le concours des volontés. C'est une modification apportée à l'offre pri-

mitive, en d'autres termes c'est une offre nouvelle. Celui qui était à même d'accepter devient donc proposant à son tour ; et cela peut se répéter plusieurs fois. Parmi ces offres successives, c'est donc seulement la dernière présentée qui aura le caractère de proposition véritable, complète ; les précédentes ne seront que des pourparlers. — (V. en ce sens, art. 322 du Code de commerce allemand) ¹.

Voici une application intéressante de la règle que nous venons de poser : Une administration met à l'adjudication des fournitures à faire ; le cahier des charges fixe un prix maximum, dans les limites duquel les offres devront se tenir. C'est avec le moins demandant que le contrat sera passé. Dès lors, c'est la soumission déposée par ce dernier qui constituera l'offre véritable. La mise en adjudication n'est qu'un appel de propositions à faire, c'est-à-dire un simple pourparler.

§ 4. — Cependant, pour que la convention se forme, il n'est pas indispensable que l'offre, au moment où elle se manifeste, renferme exactement tous les éléments du contrat ; il suffit qu'elle permette de les déterminer ultérieurement. Il faudra donc voir une proposition complète dans celle qui, sans indiquer le prix des marchandises offertes, s'en rapportera au cours du jour ; ou qui, laissant de côté les clauses du marché, s'en référera aux usages suivis sur une place : « *Valet venditio quanti communiter vendatur*, » disait Casaregis ².

¹ Art. 322 Code de commerce allemand : « L'acceptation, sous certaines conditions ou restrictions, équivalant au refus de l'offre joint à une offre nouvelle. » De même, article 37 du Code de commerce italien ; article 88 du projet de Code civil allemand de 1888.

² Disc. XLIV, n° 57.

§ 5. — A ces deux conditions de fond que doit réunir la proposition pour avoir une valeur juridique, nous en avons ajouté précédemment une autre que nous rappelons seulement ici pour mémoire : il faut qu'elle soit connue du futur acceptant.

Ces règles nous amènent à poser les deux questions suivantes :

1° L'offre doit-elle toujours être expresse ?

2° Doit-elle indiquer nominativement la personne à laquelle elle s'adresse ?

§ 6. — 1° *L'offre doit-elle toujours être expresse ?* — Nous répondons non, sans hésiter. Nous avons dit que la volonté, pour acquérir une existence juridique, devait revêtir une forme extérieure, même qu'elle devait être connue du cocontractant. Mais de là il ne résulte que ceci, à savoir qu'une proposition ne peut s'induire du silence du proposant. Mais elle peut n'être que tacite, et résulter, en dehors de toute expression formelle, de simples faits qui la rendent évidente. Dès que le cocontractant aura connaissance de ces faits, l'offre qui en découle existera. La question se pose, et nous la discuterons plus loin, de savoir si l'acceptation d'une offre peut s'induire du silence de celui à qui l'offre est faite, mais on conçoit qu'une semblable question ne se pose pas pour la proposition. Pour qu'un contrat puisse se former, il faut nécessairement un premier acte qui manifeste l'intention de contracter.

En disant que la proposition peut être tacite, nous voulons seulement indiquer qu'elle peut se manifester autrement que par la parole entre présents, la lettre, le télégramme ou toute formule imprimée entre absents.

C'est ainsi qu'on devra voir une proposition véritable,

dans le fait par un marchand de déposer ou d'envoyer à domicile des objets avec indication de leur valeur. De même encore la mise en montre, dans les magasins, de marchandises munies d'une étiquette qui en énonce le prix. Dans ces deux cas, en effet, nous trouvons énoncées les conditions de la vente à venir, puisque nous voyons l'objet à vendre et l'indication de son prix. Seulement l'intention de vendre n'est pas formellement exprimée, elle résulte du dépôt chez l'acheteur, ou de la mise en montre ; c'est une offre tacite.

« Il y a consentement tacite, dit M. Massé ¹, dans le fait des marchands qui ont magasins ouverts avec enseignes pour appeler les chalands, et annoncer aux acheteurs soit les objets mis en vente, soit le prix de ces objets. Ces marchands ne peuvent refuser de vendre à ceux qui se présentent, pour acheter au prix annoncé sur les étiquettes ou les enseignes. » Straccha disait de même ² : « *Negotiatoribus tabernam aut pergulam habentibus publice, non licet expellere accedentes emendi causâ.* »

J'emprunte enfin à M. Valéry ³ un dernier exemple de proposition tacite : « Je fais parvenir le manuscrit d'un ouvrage à un éditeur, sans accompagner cet envoi d'aucune missive, et sans qu'il y ait eu entre nous aucun pourparler préalable ». « Si je reçois cependant, dit le savant auteur, une lettre contenant la promesse de publier mon œuvre, n'y a-t-il pas là un contrat par correspondance ? »

Une proposition peut donc être seulement tacite ; toutefois, remarquons-le, il en serait autrement si le Code, dans un cas particulier, exigeait une manifestation

Droit commercial, t. III, 1458.

² *De mercat.*, première partie, n° 21.

³ *Des contrats par correspondance*, § 85.

expresse de la volonté. C'est ainsi que l'article 2015 du Code civil veut que le cautionnement soit *exprès*. Dès lors dans l'espèce célèbre, citée par Toubeau, d'un créancier qui écrit à un autre créancier de son débiteur « qu'il n'a rien à perdre et que la dette est bien assurée », il ne faut voir qu'un simple conseil. Et dans cette autre espèce que j'emprunte à M. Baudry Lacantinerie¹, si une personne écrit à une autre : « Vous pouvez sans crainte prêter de l'argent à un tel ; il m'est particulièrement connu pour sa solvabilité, et pour sa fidélité à remplir ses engagements », il n'y a qu'une simple recommandation ; parce que, dans l'un et l'autre cas, l'intention de se porter caution n'a pas été exprimée en termes formels².

§ 7. — 2° *L'offre doit-elle indiquer nominativement la personne à laquelle elle s'adresse ?*

Non assurément. — Nous avons déjà examiné nombre de cas d'offres faites à des personnes indéterminées, à la masse du public.

A l'occasion de cette question, nous allons étudier les diverses formes sous lesquelles peut se présenter une proposition.

§ 8. — a. *Proposition faite à une personne déterminée.* C'est la situation normale. Quand on veut faire une offre, on a le plus souvent en vue tel ou telle personne particulière, à qui notre offre s'adressera. Quant à la forme que revêtira cette offre, elle peut être orale, nous le savons ; en ce cas nous l'exprimons soit nous-même, entre présents par la parole, entre absents par le télé-

¹ *Précis de Droit civil*, t. III, § 946.

² Voir en ce sens : A. Girault, *Des contrats par correspondance*, § 31, p. 37.

phone ; soit par l'intermédiaire d'un messenger ou d'un ami. Elle peut être écrite dans une lettre ; écrite ou imprimée dans un télégramme. L'extension, qu'ont prise à l'heure actuelle le commerce et l'industrie, a donné naissance à une autre forme de proposition. C'est grâce aux progrès de l'imprimerie qu'on la réalise. Le commerçant rédige, et fait tirer à un grand nombre d'exemplaires une formule générale d'offres, laissant en blanc le nom de la personne à qui l'offre sera adressée, l'espèce et le prix de la marchandise qu'il proposera. Quand ces blancs seront remplis, nous aurons une proposition complète, adressée à une personne déterminée, et que l'acceptation du destinataire pourra transformer en contrat. On réalise le même résultat au moyen de prospectus, circulaires, catalogues, tarifs de prix, envois d'échantillons, etc... Nous supposons, dans tous ces cas, que l'offre est adressée à une personne déterminée et renferme toutes les conditions du contrat à venir.

§ 9. — b. *Propositions faites à des personnes indéterminées.* — Ce sont encore les besoins du commerce qui ont donné naissance à ce genre d'offres. Elles ont surtout lieu en matière de vente. Peu importe au marchand qui acceptera son offre, qui achètera sa marchandise pourvu qu'on l'achète. De là cet ensemble de propositions qui revêtent mille formes, s'adressent à tous, à la masse du public, sont répandues partout, et qu'on désigne sous le terme générique « d'annonces. »

Rentrent dans cette catégorie d'offres, l'exposition dans les vitrines des magasins d'objets avec indication du prix de vente, la distribution faite aux passants d'imprimés énonçant les marchandises offertes et les

prix demandés, les affiches collées sur les murs, les annonces insérées dans les journaux, jusqu'aux tableaux de l'homme-sandwich, aux placards des voitures-réclames, jusqu'au cri du camelot : « à 0 fr. 10 tout l'étalage. »

Remarquons que la possibilité de faire des offres à des personnes indéterminées, inconnues de l'offrant, n'est pas en opposition avec la théorie que nous avons développée, théorie d'après laquelle l'offre n'existe que quand elle est connue. C'est parce qu'il y a des passants qui peuvent les lire ou les entendre, que le marchand crie ou affiche ses offres ; mais celles-ci n'existeront que quand un passant les lira ou les entendra.

§ 10. — Une difficulté pratique apparaît ici : où s'arrête l'*annonce*, où commence la *réclame* ? En d'autres termes, quand l'acte qu'a fait le marchand pour attirer la clientèle, constitue-t-il une offre véritable, susceptible de faire naître un contrat par l'acceptation qu'en fait un tiers ; et quand ne faut-il y voir qu'une offre de services, une provocation à des propositions de la part du public ?

Cette question présente une réelle importance. Entre absents, il est nécessaire de savoir qui, des deux contractants, a la qualité d'offrant, qui celle d'acceptant, afin de déterminer le lieu où se forme le contrat ; ce qui importe notamment au point de vue de la compétence du tribunal ¹. Au point de vue même de la formation du contrat, cette question n'est pas sans intérêt : si « l'annonce » du marchand constitue une sollicitation véritable, il ne pourra se refuser à passer le contrat

¹ Art. 420, Code de procédure.

avec la personne qui s'offrira de l'accepter. Si, au contraire, elle n'est qu'un élément de publicité, c'est le client qui fera la proposition que le marchand restera libre d'accepter ou de refuser.

C'est encore là une question de fait qu'il appartient aux tribunaux de résoudre. On peut cependant poser quelques principes généraux.

§ 11. — Nous écartons, d'abord, tout un ensemble de « réclames » qui, par leur généralité même, éloignent toute idée de proposition. L'enseigne d'une boutique, l'affiche par laquelle une personne fait connaître au public sa profession, ou un marchand son domicile, l'annonce que fait un commerçant d'une exposition d'objets à vendre ; tout cela constitue des offres de services, tout cela sollicite les demandes des clients, mais on n'y trouve pas les éléments d'une proposition véritable.

§ 12. — A côté de ces cas qui ne soulèvent aucune difficulté, il en est d'autres beaucoup plus délicats à résoudre.

Le principe est facile à poser : pour qu'une proposition ait la valeur d'une offre véritable, complète, n'attendant qu'une acceptation pure et simple pour former un contrat, il faut d'abord qu'elle remplisse toutes les conditions que nous avons indiquées : qu'elle soit sérieuse, qu'elle contienne les clauses de la convention à venir, etc. ; il faut ensuite qu'elle ne renferme, de la part de son auteur, *aucune restriction ni réserve*¹, suscep-

¹ La jurisprudence admet que les offres faites par la voie des annonces lient les personnes qui les ont faites : Aix, 15 juin 1855 (S. 57, 2, 94) ; — Tribunal de commerce de la Seine, 5 janvier et 15 juin 1869 (D. 69, 3, 14 et 55).

tible d'en amoindrir ou d'en altérer la portée. C'est ce second point qui fait la difficulté. Quand l'offre renferme-t-elle, au moins implicitement, quelque réserve ou restriction ? Puis, si elle renferme quelque réserve, quelle en est la nature ? car s'il en est qui font de la proposition un simple procédé de publicité, il en est d'autres qui ne changent pas le caractère de l'offre, mais la rendent seulement conditionnelle. Si le principe est facile à poser, son application est fort difficile.

Parmi ces restrictions ou réserves, que le pollicitant peut apporter à son offre, les plus fréquentes sont celles-ci : parfois il n'aura pas voulu s'engager à satisfaire indéfiniment toutes les demandes qui se produiront, mais celles seulement qui se produiront les premières, et jusqu'à épuisement total de la marchandise offerte. D'autres fois, il se sera réservé le droit de choisir parmi tous les acceptants qui se présenteront.

De ces deux réserves, la seconde seule détruit le caractère de l'offre ; elle en fait un mode de réclame, un appel aux demandes du public. La première la rend seulement conditionnelle et n'empêche nullement, comme nous le verrons bientôt, le contrat de se former par l'acceptation qui en est faite.

La question qui se pose est donc celle-ci : Quand l'offre renferme-t-elle *implicitement* l'une ou l'autre de ces réserves ? Il est évident que la difficulté ne naît qu'au cas d'offres faites à plusieurs, et le plus souvent d'offres faites à des personnes indéterminées, ou tout au moins adressées à tel ou tel sans considération aucune de la personne ¹.

¹ Les prospectus, imprimés, circulaires, etc..., sont bien envoyés au domicile et à l'adresse d'une personne en particulier ; mais, rarement le commerçant qui les envoie a pris en

§ 13. — *Quand l'offre contient-elle implicitement cette réserve : si l'objet offert n'est pas déjà vendu ?*

Voici un cas dans lequel la question peut se poser : un commerçant de Paris, qui a tout un lot d'objets semblables à vendre, les annonce au public. Il s'adresse tout à la fois aux personnes habitant la même ville que lui, à un grand nombre de personnes habitant les principales villes de France, et même à l'étranger. Par hypothèse ses propositions étaient complètes dans tous les cas. Or, nous supposons que de nombreuses acceptations se produisent, et que toutes sont transmises sans retard à l'offrant ; pour les personnes de la ville, le jour même où l'offre est faite ; pour les autres personnes habitant la France, par retour du courrier ; de même aussi pour les étrangers. S'il a vendu toute sa marchandise aux parisiens le jour même où il a fait sa proposition, pourra-t-il refuser d'exécuter les demandes qui lui arriveront, le lendemain, de la province ; deux, trois, huit jours après, de l'étranger ? ou bien est-il lié par son offre *in infinitum*, et obligé d'acheter à un prix quelconque des marchandises semblables pour satisfaire tous les acceptants ?

La mise en montre d'un objet étiqueté est sans aucun doute une proposition complète ; le marchand ne pourrait refuser de livrer l'objet à la personne qui lui en offrirait le prix, alors même que cet objet eût été mis là à titre d'échantillon, et qu'il serait resté seul de son espèce.

considération la personne même du futur acceptant. Les listes des personnes à qui sont adressées ces annonces sont établies sur les *Annuaire*s publiés dans chaque ville, et le plus souvent à raison de la profession qu'elles exercent. L'offre est faite aux membres du barreau, de la magistrature, aux commerçants, etc. mais non à telle ou telle personne en particulier.

C'est au cas où la proposition résulte de l'envoi de circulaires, prospectus, catalogues, ou d'affiches indiquant la marchandise à vendre et son prix, que la question devient plus délicate. Aussi sur ce point les solutions diffèrent.

Certains auteurs admettent qu'une offre de ce genre ne renferme aucune restriction, et que chaque acceptation qui se produit fait naître un contrat auquel le proposant ne peut se refuser sous aucun prétexte. Il en est ainsi, d'après M. Laurent¹, « de tous ceux qui exercent un commerce ou une industrie, et qui annoncent au public les conditions auxquelles ils traiteront avec les chaland ; ils sont liés d'avance *envers tous ceux qui se présenteront* pour traiter sur les bases qu'eux-mêmes ont déterminées. » Autoriser le proposant à ne pas exécuter le contrat, dit encore M. Bédarride², « *sous prétexte qu'il a vendu à d'autres* ou que la chose ne se trouve pas sur les lieux, ce serait lui reconnaître la faculté d'exécuter la vente en cas de baisse de l'article, de l'annuler en cas de hausse, c'est-à-dire livrer l'acheteur à sa discrétion. » — Nous ne pouvons accepter un système aussi rigoureux. Il a pour conséquence d'obliger le marchand à ne faire de proposition qu'à une seule personne à la fois, celle-ci pouvant accepter la proposition tout entière ; ou du moins, sitôt sa marchandise épuisée, à en prévenir tous ceux à qui il a adressé ses offres.

Beaucoup d'auteurs font une distinction : si les objets mis en vente consistent en des corps certains, en des unités différentes les unes des autres, « comme dans les catalogues de livres d'occasion³ », l'offre qui en est faite

¹ Laurent, *Droit civil*, t. XV, § 474.

² Bédarride, *Droit commercial*, Achats et Ventes, n^{os} 109 et suiv.

³ Guillouard, *Vente*, t. I, sur l'article 1582, § 19.

contient cette réserve : si l'objet offert n'est pas déjà vendu à un autre. Mais s'il s'agit de choses *in genere*, d'objets offerts par quantités, le marchand est tenu de satisfaire toutes les demandes qui se produiront sans retard. « Sans doute, dit M. Guillouard ¹, s'il s'agit d'objets offerts par unités..... ou d'objets offerts par quantités, mais que l'acheteur ne se présente qu'après un certain temps écoulé, le marchand pourra dire qu'il a vendu à d'autres ; il n'est pas lié en ce sens qu'il n'est pas obligé à vendre à une personne plutôt qu'à une autre, car il peut répondre au deuxième acheteur qu'il a vendu au premier. Mais si l'objet est offert par quantités, et que l'acheteur vienne, au reçu du prospectus, dans les magasins du marchand, celui-ci est lié et doit livrer la marchandise qu'il a offerte ². »

M. Massé ³ admet bien le principe, d'après lequel le proposant est lié par son offre, quand cette offre renferme toutes les conditions du contrat à venir, mais il y apporte une exception, pour le cas où le commerçant aurait une *juste cause* en empêchant l'exécution : « Il y a exception à ces règles si le marchand ou l'industriel a une juste cause de s'abstenir des obligations qu'il a contractées avec le public ; par exemple, s'il n'a plus la marchandise qu'on lui demande. » M. Pardessus exprime la même idée sous une autre forme : « En général, nous dit-il, lorsque des offres sont faites par des circulaires, catalogues ou autres annonces qui s'envoient indistinctement, et sans qu'il ait existé des relations antérieures, on doit sous-entendre toujours la condition que celui

¹ Guillouard, *loc. citat.*

² Voir en ce sens : M. Valéry, *Contrats par correspondance*, §§ 228 et 231.

³ Massé, *Droit commercial*, t. III, 1458.

qui les fait ne s'engage à fournir les choses offertes qu'au cas où il ne les aurait pas vendues à d'autres. »

Nous croyons que la question n'est pas susceptible d'une réponse absolue. C'est une question de fait, d'intention, avons-nous dit, aussi les tribunaux devront prendre en considération, pour interpréter la volonté de l'offrant, les termes mêmes de l'offre, et les circonstances dans lesquelles elle s'est produite. Voici quels sont, d'après nous, les principes qui devront présider à cette interprétation.

Nous pensons avec MM. Massé et Pardessus, qu'en règle générale, toute offre faite par circulaires, imprimés, catalogues, etc..., contient, sous-entendue, la condition résolutoire qu'un plus diligent n'aura pas déjà accepté la proposition. Il résulte de là que ces sortes d'annonces constituent des offres complètes, si d'autre part elles renferment toutes les conditions de la convention à venir, et qu'il se formera autant de contrats qu'il se produira d'acceptations en temps utile. Seulement, quand la marchandise offerte sera épuisée, les acceptations nouvelles qui pourront se produire ne donneront naissance à aucun contrat, car, la condition résolutoire s'étant réalisée, l'offre est censée n'avoir jamais été faite. Cette théorie, très simple, nous paraît la plus juridique. Si on ne l'admet pas généralement, c'est qu'elle s'accorde surtout avec le système que nous adoptons dans la question du temps et du lieu de la formation du contrat entre absents. Pour nous, le contrat ne se forme que quand l'acceptation est parvenue à la connaissance du proposant; il ne naîtra donc que si, à cet instant, la condition résolutoire sous-entendue dans l'offre ne s'est pas réalisée. Pour ceux, au contraire, qui placent la formation du contrat au moment

où l'acceptation se produit, ou du moins au moment où l'acceptant s'en dessaisit, il faudrait savoir si, à cet instant précis, la marchandise était ou non épuisée. C'est devant les difficultés pratiques qu'entraînerait un tel système qu'ils reculent, et dès lors ils considèrent, dans tous les cas, l'offre comme pure et simple, et obligent le proposant à s'exécuter.

La règle une fois posée, nous faisons quelques remarques : la rédaction de l'offre, la nature des marchandises proposées, et la qualité de la maison qui les propose pourront fournir au juge des éléments d'interprétation, qui confirmeront ou écarteront le principe ; c'est-à-dire qui rendront la réserve évidente, ou au contraire qui impliqueront une renonciation à cette réserve.

Parfois, en faisant une offre à une personne, le marchand la prévient qu'il a adressé la même offre à plusieurs autres. C'est là un avertissement de se hâter, et qui contient évidemment la réserve de ne traiter qu'avec le ou les premiers acceptants.

D'autres fois, au contraire, l'offre contiendra, implicitement tout au moins, l'engagement de traiter avec celui auquel elle est adressée, de préférence à tout autre. Le juge pourra trouver un engagement de cette sorte dans le fait, par un commerçant, d'écrire à une personne en particulier, pour lui faire la même proposition qu'elle n'adresse aux autres que par circulaires imprimées ou prospectus. Il nous semble, en effet, qu'une lettre manuscrite présente un caractère plus personnel, une intention plus marquée de traiter spécialement avec son destinataire, qu'un imprimé qui suppose un grand nombre d'imprimés semblables distribués de tous côtés.

En dehors même de l'offre, le juge pourra trouver

des éléments d'interprétation, dans certaines circonstances extérieures : par exemple l'existence de relations antérieures, ou une pratique constante dans toutes les conventions déjà passées entre l'offrant et l'acceptant.

Enfin, si une fabrique, une maison de gros s'engage, par circulaires ou autrement, à satisfaire toutes les demandes qui se produiront sur tels ou tels objets, dans telles ou telles conditions, elle ne pourra arguer de l'épuisement de la matière première ou des produits fabriqués. D'après la nature même de la maison qui fait l'offre, cette offre doit être présumée pure et simple, si elle ne contient pas une clause contraire formelle.

Nous supposons d'ailleurs, dans tous ces cas, que les acceptations se produisent en temps utile. Si quelques-unes étaient tardives, il est évident que l'offrant n'aurait pas besoin d'invoquer l'épuisement de la marchandise pour se soustraire au contrat.

§ 14. — *Quand l'offre laisse-t-elle à l'offrant le droit de choisir entre les acceptations?* — Du système que nous venons d'adopter, il ne faut pas conclure que le proposant pourra choisir, entre tous les acceptants qui se présenteront, ceux qui lui plairont le mieux. Si certaines offres nous paraissent être faites sous la condition implicite qu'un plus diligent n'aura pas déjà accepté, nous croyons au contraire que, pour réserver à son auteur de ne traiter qu'avec les clients de son choix, l'offre doit nécessairement contenir une clause formelle. La proposition doit être présumée sérieuse et, en matière commerciale surtout, faite pour arriver le plus promptement possible à la conclusion d'un contrat. Une

personne qui aurait la preuve que c'est un caprice, et non l'épuisement de la marchandise, qui empêche le proposant de s'exécuter, pourrait obliger ce dernier à remplir ses engagements. Nous voyons par là que, tout en admettant en principe la première restriction, notre système ne livre pas l'acceptant à la merci de l'offrant.

Voici, sur ce point, la solution admise par le Code de commerce allemand : « L'offre de vente, qui est faite à plusieurs personnes, en particulier par la communication de prix-courants, de catalogues, d'échantillons ou de modèles, ou qui n'est pas faite avec indication précise de la marchandise, des prix ou de la quantité, n'est point une offre obligatoire » (art. 337) Ce n'est donc, aux yeux du Code allemand, qu'un procédé de publicité.

§ 15. — Ce que nous venons de dire ne s'applique, évidemment, qu'aux contrats qui ne supposent pas l'*intuitus personæ*. Pour les conventions qui admettent que la considération de la personne peut entrer en ligne de compte, l'annonce qu'on en fait, quelque complète qu'elle soit d'ailleurs, ne constitue qu'un procédé d'avertissement. L'écriteau par lequel une personne demande un domestique ; un commerçant, un apprenti ou un employé, à tant par jour, n'empêche pas le maître de choisir entre les gens qui viendront se proposer, parce que le contrat à conclure est de ceux qui ne se forment, qu'à la condition que la personne de l'acceptant conviendra au proposant ¹.

¹ Il en est ainsi pour le louage de services, la société, le mandat, le dépôt. — Voir Cousin, *Des contrats entre absents* (thèse), p. 135 ; — Voir Valéry, *loc. citat.*, § 231.

§ 16. — Relativement aux compagnies de transport et aux aubergistes ou hôteliers, la question est plus délicate encore. Cela tient à la nature complexe du contrat qu'ils passent avec les voyageurs.

Ces industriels, par l'enseigne de leurs maisons et les tarifs de prix qu'ils affichent ou insèrent dans les journaux, sont dans un état d'annonces permanentes à l'égard du public. Quel est le caractère de ces annonces?

Un point nous paraît certain : c'est, alors même qu'on verrait là des offres complètes, qu'elles contiennent, sous-entendue, cette condition résolutoire : s'il y a encore de la place disponible au moment de l'acceptation ¹.

Mais, hors ce cas, les aubergistes, hôteliers, etc., ont-ils le droit de refuser, au gré de leur caprice, quelque se présente?

« L'aubergiste, nous dit Pothier ², est, par son état, obligé de recevoir dans son auberge les voyageurs qui s'y présentent. » On assimile en général l'offre, que contient l'annonce des aubergistes et hôteliers, aux offres faites par tous autres commerçants; on considère que ces offres ne contiennent aucune restriction, et dès lors qu'elles forment le contrat dès qu'une acceptation vient s'y joindre ³.

Cependant M. Cousin ⁴ pense que l'aubergiste, « n'eût-il même que le caprice ou l'antipathie comme mobile, aucun recours ne serait ouvert contre sa décision, pas

¹ C'était l'opinion enseignée par Casaregis : Disc. 122, n° 23 et Disc. 190, n° 7 et suiv.

² Pothier, *Du louage*, n° 194.

³ Voir en ce sens : Massé, *Droit commercial*, t. III, 1458; — Valéry, *loc. citat.*, § 231, pp. 212, 213.

⁴ *Des contrats entre absents* (thèse), p. 134, n° 50.

plus que contre un cordonnier qui refuserait son travail à tel ou tel. »

En citant le cas d'offre faite au public « par un cordonnier, » M. Cousin ne donne qu'un exemple ; il a évidemment en vue toutes les propositions qui résultent de l'exercice même d'une profession. La question se pose ainsi : le cordonnier qui s'engage à faire telles sortes de chaussures, de telle qualité, pour tel prix, fait-il une offre véritable, et ne peut-il dès lors refuser aucune des demandes qui se produiront ? J'ai conservé l'exemple choisi, mais, je le répète, la question se pose pour tous ceux qui exercent une profession quelconque. Nous ne sommes donc plus ici en présence d'une proposition de vente ; mais d'une promesse de faire. Or, sur ce point, je distingue avec le Code civil (art. 1787), suivant que l'ouvrier s'engage ou non à fournir, avec son industrie, la matière première.

Doit-il la fournir ? il y a là une véritable offre de vente, vente d'une chose future, d'une chose à faire, ou mieux « *d'une chose une fois faite*, » suivant l'expression qui était inscrite dans le projet du Code civil, et que l'on n'a supprimée que comme inutile. Cela résulte clairement des deux articles 1711 et 1788. En effet, l'article 1711 dit : « Les devis, marchés, etc., sont aussi un louage, *lorsque la matière est fournie par celui pour qui l'ouvrage se fait* ; » d'où il semble résulter qu'ils ne constituent plus un louage, lorsque la matière est fournie par l'entrepreneur. L'article 1788 confirme cette idée en appliquant les principes de la vente au cas où la matière est fournie par l'entrepreneur. Il résulte de là que l'offre faite dans ces conditions est une offre de vente, et, si par hypothèse elle contient toutes les

clauses du contrat à venir, une offre complète ; dès lors, que le contrat se formera dès qu'une acceptation viendra s'y joindre, et par conséquent, que le proposant ne pourra faire un choix parmi les commandes qui lui parviendront.

Si, au contraire, l'ouvrier n'offre que son industrie, et que le tiers doive fournir la matière, nous ne sommes plus en présence d'une proposition de vente, mais de *locatio operis*. Or le louage d'ouvrage est un contrat qui suppose l'*intuitus personæ*, de la part du maître, nul n'a songé à le contester ; mais, à notre avis, de la part aussi de l'ouvrier, car pour ce dernier, il n'est pas indifférent du tout, quoi qu'on dise, de travailler pour une personne ou pour une autre, pour un maître facile ou un maître exigeant. Dès lors, nous considérons l'annonce, faite par cet ouvrier, comme un simple procédé de publicité. C'est la soi-disant acceptation du client qui constitue l'offre véritable.

Je reviens aux aubergistes et hôteliers : nous admettons en ce qui les concerne l'opinion de M. Cousin, à savoir qu'ils peuvent choisir entre les personnes qui se présentent chez eux. M. Valéry¹ la repousse, mais à titre d'exception il l'applique dans un cas : « C'est lorsque, en raison de certaines circonstances inhérentes à la personne du client, il est à présumer que l'auteur des annonces n'a pu le comprendre parmi les individus auxquels il adressait ses offres de service. » Et il cite cet exemple : « On pourrait reconnaître à un aubergiste le droit de ne pas recevoir chez lui des bohémiens dont la présence causerait le départ des autres voyageurs. » C'est permettre à l'hôtelier de refuser les personnes qui

¹ *Loc. citat.*, § 231, pp. 212-213.

pourraient causer quelque trouble, ou simplement être une gêne pour les autres voyageurs. Ce droit en effet, on ne saurait le lui refuser, car, dans un cas particulier, la loi sur l'ivresse le consacre, et lui fait même un devoir de l'exercer¹. Mais, « ces circonstances inhérentes à la personnes du client » et qui s'opposent à son acceptation, qui les jugera ? sinon l'auteur même des offres. N'est-ce pas dire que les offres de l'aubergiste ou de l'hôtelier contiennent des restrictions, et le droit d'examiner les gens avant de les accepter ? L'annonce de ces industriels n'est donc pas une offre complète, mais une simple réclame.

Cette conclusion s'explique d'ailleurs facilement, si l'on recherche la nature du contrat que passe l'aubergiste avec son client. Il y a tout ensemble un louage de choses et un louage de services. L'aubergiste s'engage à faire jouir le voyageur d'une chambre, et de tous les accessoires qu'elle comporte. De plus, il se loue lui-même et il loue ses gens à ce voyageur, afin de lui procurer tout ce dont il peut avoir besoin. Or, comme logeur, il promet non seulement de fournir le gîte à ceux qui se présenteront, mais il s'engage tacitement à le leur fournir dans de bonnes conditions ; par exemple à leur procurer un sommeil tranquille. C'est donc pour lui un devoir de prendre les mesures qui lui paraissent utiles dans ce but, et de fermer la porte aux tapageurs. Nous avons ajouté que l'aubergiste était un loueur de services ; or, la *locatio operarum* est un contrat dans lequel l'*intuitus personæ* entre pour quelque chose. (Ici encore, nous pensons que le droit de prendre en considération les qualités personnelles de son cocontractant appartient

¹ Loi du 23 janvier 1873, art. 4.

à l'une et à l'autre partie ¹.) L'annonce de l'aubergiste ou de l'hôtelier nous paraît contenir une foule de réserves qui l'empêchent de constituer une offre complète. Chaque maison a sa spécialité, s'adresse à une clientèle différente. Telle repoussera systématiquement les gens auxquels telle autre donnera la préférence. Ces conditions, il faut évidemment que l'acceptant les connaisse avant de s'engager. Donc, si un voyageur dit à l'aubergiste : « Vous annoncez des chambres à louer à 6 fr. par jour, » j'en prends une ; ce dernier répondra : « Ce n'est pas tout : ma maison est tranquille ; je ne veux pas de bruit ; je veux qu'on rentre à minuit ; » et c'est alors seulement que l'acceptation pourra se produire et parfaire le contrat. Enfin, par pur caprice, et sans donner de raisons, l'aubergiste pourra, croyons-nous, dire à un voyageur : « Vous ne me convenez pas, » comme un domestique peut dire au maître qui lui offre de le prendre à son service : « Je ne veux pas entrer chez vous. » Nous ne voyons donc dans les annonces de ces industriels qu'un procédé de publicité, un appel aux offres du public.

Nous n'avons pas parlé des entrepreneurs de transport. Pour être logique il faudrait, semble-t-il, leur étendre la règle que nous avons admise pour les aubergistes et hôteliers. Nous ne le pensons pas. Mais cela tient à une circonstance particulière, au caractère de service public qui est attaché à leur industrie. Les annonces qu'ils font, contenant les conditions du transport, son prix pour les voyageurs et les marchandises, et surtout les conditions de périodicité de jour et d'heure, nous paraissent contenir une renonciation évi-

¹ Comp. F. Murlon, t. III, § 808.

dente au droit de choisir entre les voyageurs et les marchandises, et au droit de refuser le transport, quand le nombre de ceux-ci est insuffisant pour couvrir les frais. Ce qui me confirme dans cette idée, c'est que le cahier des charges des grandes compagnies de chemins de fer (art. 49, al. 1), et le décret du 12 mars 1859 (art. 6), rendu pour l'exécution de la loi du 28 mai 1858 sur les magasins généraux, prennent le soin d'obliger formellement les compagnies de chemins de fer, et les exploitants des magasins généraux et salles de vente, à mettre leurs wagons, magasins et salles, à la disposition de tout requérant « sans préférence ni faveur. » J'admets donc, sur ce point, la distinction que fait M. Pardessus ¹, entre les entrepreneurs de transport « qui n'ont pas un service public annoncé et chargent à leur guise, » et ceux « qui ont annoncé leur établissement au public, avec des conditions de prix et de périodicité de jour et d'heure. » Les premiers ne sont pas liés envers le public, les seconds le sont ².

§ 17. — *L'offre est-elle obligatoire?* — Nous avons répété plusieurs fois cette expression : « L'offrant est lié par sa proposition. » Qu'est-ce qu'il faut entendre par là? Est-ce à dire que l'offre présente un caractère obligatoire? Non, seulement, et tout ce que nous avons déjà dit suffirait à le prouver, l'offre n'est pas un fait temporaire, elle n'existe pas seulement au moment de sa manifestation, pour disparaître aussitôt; c'est un acte continu; il résulte de l'expression d'une volonté qui se prolonge soit indéfiniment, soit pendant un délai déterminé.

Entre absents, cette permanence de l'offre repose

¹ Pardessus, *Droit commercial*, t. II, n° 537.

² Voir en ce sens : Aix, 8 février 1853; D. 55, 2, 329.

sur une fiction, car évidemment le proposant ne peut répéter indéfiniment sa proposition; on suppose donc que sa volonté, une fois manifestée, persiste jusqu'à ce qu'une circonstance extérieure la vienne faire tomber. C'est ce caractère de continuité que l'on veut exprimer quand on dit que « l'offrant est lié par son offre; » cela signifie seulement qu'il est réputé la maintenir. Mais cette fiction tombe évidemment devant une preuve du contraire. Si le proposant meurt, s'il devient incapable, ou s'il exprime une volonté nouvelle contraire à la première, l'offre est anéantie, parce que son auteur ne peut plus ou ne veut plus la maintenir ¹. En effet, par elle-même l'offre ne crée pas un lien juridique, car une convention ne peut naître que d'un accord de volontés, et l'offre n'est l'œuvre que d'une seule personne. Dès lors, l'offrant peut la rétracter quand il lui plaît, à moins de convention contraire, et jusqu'à la formation du contrat. Le droit romain, nous l'avons vu, admettait des exceptions à ce principe, mais notre Droit ne reconnaît aucune sollicitation obligatoire ².

Le Code de commerce allemand (de mars 1862) admet sur ce point une autre solution, solution contraire au principe, ajoutons-nous. Il déclare, dans son article 319, que « si l'offre est faite entre absents, celui qui l'a faite reste lié jusqu'au moment où, en calculant d'après les délais ordinaires, il devrait avoir reçu la réponse de l'autre partie. Il peut d'ailleurs calculer ces délais en supposant que l'offre est parvenue sans retard à l'autre partie. »

¹ Cassation, 16 avril 1861 (S. 62, 1, 201) ; Bordeaux, 17 janvier 1870 (D. 71, 2, 96).

² Voir Laurent, t. XV, § 469 ;— Aubry et Rau, t. IV, § 343.

Les rédacteurs du Code allemand considèrent l'offre non encore acceptée comme créant un lien juridique ; son auteur se trouve lié, d'un lien passif il est vrai, mais pourtant lié, de telle sorte qu'il ne peut se rétracter pendant un certain délai. Puis, le délai une fois expiré, la proposition tombe d'elle-même, sans qu'il soit besoin de la retirer.

La force obligatoire de l'offre n'est pas la même pendant tout le temps que court le délai : dans une première période, qui va de la manifestation de la volonté du proposant jusqu'à la connaissance qu'en prend le futur acceptant, l'offre est révocable sous certaines conditions : « Si le retrait de l'offre parvient à la connaissance de l'autre partie plus tôt ou aussitôt que l'offre elle-même, cette offre est à considérer comme non avenue » (art. 320, al. 1). Pourtant, pendant cette première période, l'offre engage son auteur, seulement sa force obligatoire se réduit à ceci : « C'est quelle n'est point révoquée par sa mort, à moins qu'il n'ait manifesté une intention contraire, ou que cette intention ne résulte des circonstances » (art. 297).

Dans une deuxième période, qui va de la connaissance que l'acceptant prend de la sollicitation, jusqu'au moment où régulièrement la réponse de ce dernier devrait lui arriver, la force obligataire de l'offre est absolue ; aucune rétractation n'est possible.

Le projet de Code civil allemand, publié en 1888, répète ces dispositions : « Lorsque quelqu'un a fait à une personne la proposition de conclure une convention, son offre est obligatoire pour lui, si elle contient les éléments essentiels à l'existence du contrat dont il s'agit, sans réserver l'établissement d'autres conditions » (art. 80). — « Si l'offre est faite à un absent, sans

indication de délai pour l'acceptation, l'offrant est tenu jusqu'au moment où il devait cesser de l'attendre, en supposant que l'offre fût régulièrement parvenue et que la réponse ait dû aussi parvenir dans le délai normalement nécessaire pour l'aller et le retour. Si la déclaration d'acceptation n'est pas parvenue dans ce délai à l'offrant, l'offre est non avenue » (art. 84). — « Il importe peu pour la validité de l'offre, à moins d'intention contraire de l'offrant résultant de l'offre ou des circonstances de la cause, que l'offrant..... devienne incapable ou décède après l'envoi de l'offre » (art. 89) ¹.

Le Code de commerce italien (de 1882), au contraire, ne considère point l'offre comme obligatoire : « Tant que le contrat n'est pas parfait, nous dit-il dans son article 36, alinéa 3, la proposition et l'acceptation sont révocables. »

§ 18. — Dans le silence de notre Droit, la rigueur des principes veut que le proposant puisse retirer son offre à une époque quelconque, et jusqu'à la formation du contrat. « On pourrait certes réclamer, dit M. Laurent ², au nom de l'équité naturelle, que le pollicitant laisse un délai moral à l'autre partie, afin qu'elle ait le temps de réfléchir et de se décider..... » Pour satisfaire cette équité, et éviter ainsi les conséquences fâcheuses que peut entraîner l'application des principes, quelques auteurs ont prétendu que toute offre contenait un engagement tacite de non-révocation, pendant tout le temps nécessaire pour y répondre. L'usage du commerce, en raison de la rapidité avec laquelle se traitent

¹ Le Code fédéral suisse (art. 5, al. 1^{er}) adopte la même doctrine. *Sic*, Code de commerce autrichien, chap. xvii, § 862.

² Laurent, t. XV, § 476.

les affaires commerciales, et de la sécurité qu'elles demandent, tend à sous-entendre cet engagement dans toutes les propositions¹. Cependant nous n'en concluons pas, comme le fait M. Demolombe², « que, si l'acceptation a eu lieu dans la limite de ce délai (délai suffisant pour que l'acceptation se produise), l'offrant n'a pas pu retirer son offre, et que la convention n'en sera pas moins formée, *malgré sa rétractation*. » Une renonciation, au moins temporaire, à son droit de révocation ne peut résulter, croyons-nous, que d'un engagement formel du proposant, ou tout au moins de circonstances, que le juge appréciera, mais qui expriment nettement sa volonté sur ce point : par exemple l'existence de relations antérieures entre l'offrant et l'acceptant, et la pratique constamment suivie entre eux de maintenir respectivement leurs propositions jusqu'à réception d'une réponse. Hors ces cas, nous appliquerions les principes, quelques rigoureux qu'ils soient, afin de ne pas « imposer une restriction à la liberté du pollicitant³. »

§ 19. — *La révocation inopportune de l'offre entraîne-t-elle, pour son auteur, l'obligation d'indemniser l'autre partie du préjudice qui en est résulté?*

Le proposant peut révoquer son offre à un instant quelconque, et jusqu'à la formation du contrat, mais cette révocation peut causer un préjudice au futur acceptant. Celui-ci, par exemple, avait fait des dépenses à l'occasion du contrat à venir, ou bien la rétractation

¹ Demolombe, t. XXIV, § 66 ; — Lyon-Caen et Renault, *Droit commercial*, t. III, § 15.

² Demolombe, *loc. citat.*

³ Laurent, *loc. citat.*

lui fait subir une perte. L'offrant ne devra-t-il pas l'indemniser ?

M. Laurent ¹ soutient la négative : « Celui qui rétracte une offre fait ce qu'il a le droit de faire ; or celui qui use d'un droit ne fait de tort à personne. » C'est l'application du vieux principe : « *Neminem lædit qui suo jure utitur.* » M. Laurent ajoute que le destinataire de l'offre devait s'attendre à la rétractation possible de cette offre.

On admet pourtant, d'une façon générale, le droit à l'indemnité ². Mais la dissension commence quand on recherche sur quoi ce droit s'appuie.

Pothier ³ enseigne sur ce point une théorie assez obscure. Il fonde le droit à l'indemnité sur la règle d'équité : « *Nemo ex alterius facto prægravari debet.* » Il semble donc qu'il voit un délit civil dans le fait de la rétractation inopportune. Cependant il dit que le cocontractant pourra « m'obliger, ou mes héritiers, à exécuter le marché proposé par ma lettre ; » il est vrai qu'il ajoute que ce sera « à titre d'indemnité seulement, et quoiqu'il ne soit proprement intervenu aucun contrat de vente entre nous. »

Depuis lors, les auteurs se sont prononcés plus nettement, soit dans le sens d'une responsabilité contractuelle, soit dans le sens d'une responsabilité délictuelle.

Nous repoussons, sans entrer dans le détail, tous les

¹ Laurent, *loc. citat.*, § 481.

² Balde, sur la Loi 1 au Digeste, *Mandati* ; — Pothier, Vente, n° 32 ; — Demolombe, *loc. citat.*, § 71 ; — Aubry et Rau, IV, § 343, n° 17 ; — Serafini, *Le télégraphe*, § 18 ; — Girault, *Des contrats par correspondance*, § 99.

³ *Loc. citat.*

systèmes qui justifient le droit à l'indemnité en considérant la rétractation inopportune comme une faute contractuelle. Il n'y a pas encore de contrat, il ne saurait donc être question de faute contractuelle ¹.

Faut-il donc voir une faute délictuelle dans le fait, par l'offrant, de rétracter son offre à un moment où sa rétractation peut préjudicier au futur acceptant? Beaucoup d'auteurs n'ont pas osé l'admettre : « On ne peut, disent MM. Aubry et Rau, attribuer le caractère de quasi-délit à des actes qui rentrent dans l'exercice d'un droit. » Aussi a-t-on cherché à appuyer sur d'autres bases le droit pour l'acceptant de réclamer une indemnité.

Quelques-uns ont pensé que « toute proposition faite par correspondance contiendrait un mandat, donné au destinataire de la lettre, qui aurait pour objet l'accomplissement des divers actes que l'acceptation doit entraîner. Par suite, le retrait de l'offre donnerait ouverture à l'action *mandati contraria* de l'acceptant ². » Pour M. Valéry ³, c'est l'usage qui autoriserait l'acceptant à obtenir une indemnité.

Pour nous, le droit à l'indemnité provient simplement de ce que le préjudice causé est le fait du proposant. En supposant même que celui-ci n'ait aucune faute à se reprocher, que la rétractation de l'offre ne puisse être imputée ni à un caprice ni à sa légèreté, il

¹ Ce sont surtout les jurisconsultes allemands qui ont admis l'existence d'un dol contractuel, en cherchant à s'appuyer sur des textes du Droit romain. Quelques-uns donnent à l'acceptant l'action *doli*. D'autres parlent d'une *culpa in contrahendo*; d'autres encore d'une *obligation tacite de garantie*. — Voir la réfutation de ces divers systèmes dans A. Girault, *loc. citat.*, §§ 101 à 105.

² Sic Serafini ; — voir Valéry, *loc. citat.*, § 186, *in fine*.

³ *Loc. citat.*, § 187.

n'en doit pas moins être responsable, parce que c'est par son fait qu'est né le préjudice. C'est l'application de la règle : « *Nemo ex alterius facto prægravari debet.* » Nous admettons donc qu'il y a là un quasi-délit civil, et nous appliquons l'article 1382¹.

On nous objecte, nous l'avons dit, qu'on ne commet pas un quasi-délit quand on ne fait qu'exercer un droit. M. Valéry² ajoute qu'on ne peut s'appuyer sur l'article 1382, parce que cet article suppose « soit une faute positive, soit tout au moins négligence ou imprudence. » Ces objections résultent, croyons-nous, d'une mauvaise conception que l'on se fait du délit ou du quasi-délit civils.

L'article précité suppose bien une faute de l'agent; mais en quoi consiste cette faute? Là est le point important. Suppose-t-elle nécessairement un élément de culpabilité? Nous ne le croyons pas. Il faut bien distinguer le délit pénal du délit civil. Le premier est sanctionné par une peine qui atteint directement la personne; il suppose donc bien la culpabilité de cette personne. Mais le délit civil n'a pour sanction que la réparation du préjudice causé; ce n'est donc pas la culpabilité de l'agent qui est le fondement de la réparation. En d'autres termes, nous croyons que ce n'est pas le caractère illicite de l'acte qui constitue la faute et donne naissance au délit; c'est simplement le défaut de contrôle exercé par nous sur les conséquences de cet acte. La faute n'a pas un caractère subjectif; elle ne résulte pas du caractère immoral de l'agent; elle a un caractère objectif, elle naît du préjudice causé. C'est

¹ C'est l'opinion de M. Demolombe. Voir *loc. citat.*

² *Loc. citat.*, § 185, *in fine*.

le « *damnum injuria datum* » des Romains; c'est ainsi que le propriétaire d'un terrain, qui usant évidemment de son droit construit sur ce terrain, s'il bouche, en construisant, la vue de son voisin, devient passible d'une réparation envers lui. Il résulte de là que l'on est responsable des conséquences *du fait* que l'on a accompli, même dans les limites de son droit; d'où je conclus que le droit à l'indemnité qui naît de la rétractation de l'offre, quand cette rétractation cause un préjudice au futur acceptant, découle de l'article 1382.

Reste une dernière question : *quel sera le montant de l'indemnité?* C'est particulièrement sur ce point qu'il est important d'opter entre les divers fondements proposés pour asseoir le droit à l'indemnité. Y a-t-il eu un dol contractuel? C'est alors l'article 1150 du Code civil qu'il faudra appliquer, et le proposant ne sera tenu que des dommages qu'il a été possible de prévoir. En effet, l'article 1150 suppose l'existence d'un contrat, et ne peut s'appliquer aux dommages-intérêts résultant d'un délit ou d'un quasi-délit ¹. Y a-t-il eu une faute délictuelle? Le destinataire de l'offre pourra réclamer le montant intégral des dommages qu'il a éprouvés, alors même qu'il eût été impossible de les prévoir. L'indemnité comprendra donc, d'après l'article 1149 du Code civil, le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*, la perte qu'ila éprouvée et le gain qu'on lui a fait manquer ². C'est évidemment ce deuxième système que nous adoptons.

Nous notons cependant, sans l'accepter, une distinction que font quelques auteurs. Le préjudice causé au futur acceptant provient-il de ce qu'il avait fait des

¹ Aubry et Rau, t. IV, § 445.

² Sic A. Girault, *loc. citat.*, § 106; — Valéry, *loc. citat.*, § 187, *in fine*.

frais en vue de l'exécution de l'offre? Il aura droit à une indemnité. Résulte-t-il seulement de ce que, au reçu de l'offre, il a rompu des négociations en cours, négligé d'en entreprendre de nouvelles, ou de ce que le cours des marchandises a baissé depuis cette époque? Il ne pourra réclamer aucune indemnité, car dans ce cas, il y a au moins une légèreté de sa part ¹.

§ 20. — *Durée de l'offre.* — Une nouvelle question se pose : l'offre tombe par la rétractation qu'en fait son auteur, à une époque quelconque ; mais supposons qu'il ne la révoque pas, subsistera-t-elle indéfiniment?

Un premier cas ne présente aucune difficulté, c'est quand le proposant a fixé formellement un délai, dans lequel l'acceptation doit se produire. Ce délai est de rigueur. Donc, à l'instant même où il expire, la proposition tombe, et l'acceptation qui se produirait dans la suite serait inefficace ².

Mais si aucun délai n'a été fixé, quand l'offre tombera-t-elle? « L'offre peut être acceptée tant qu'elle n'a pas été retirée, » dit M. Demolombe ³. « N'est-il pas, en effet, logique de décider que l'offre, une fois faite, doit être présumée persévérer tant qu'il ne survient aucun changement de volonté, ni aucun événement de nature à l'anéantir ⁴ ? »

Par contre la jurisprudence, en matière commerciale

¹ Pardessus, n° 150.

² Bruxelles, 25 février 1867 (D. 67, 2, 193); — Lyon, 27 juin 1867 (S., 68, 2, 182).

³ Demolombe, *loc. cit.*, § 67.

⁴ Sic Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*, § 15; — Delamarre et Le Poitevin, I, n° 408.

surtout, admet une opinion inverse : « La pollicitation tombe dès qu'il n'y a pas été répondu dans un laps de temps raisonnable ¹. »

Ces deux systèmes sont également trop absolus. Le second, pourtant, présente cet avantage de répondre aux besoins du commerce, les affaires commerciales demandant d'ordinaire à être traitées rapidement.

En fait, il y a là encore une question d'interprétation de la volonté des parties. On ne saurait évidemment admettre, à moins d'une disposition bien formelle, qu'une personne qui fait une offre et ne la rétracte pas après un certain temps, consente à rester liée *in infinitum*, et qu'une acceptation qui se produirait au bout de six mois, un an, dix ans, parferait le contrat. D'un autre côté, il ne faut pas, en restreignant par trop la durée de l'offre, enlever à son destinataire le temps de la réflexion, ce qui aboutirait à la rendre le plus souvent illusoire. Mais où faut-il s'arrêter? C'est là le point difficile, point sur lequel les tribunaux sont d'ailleurs juges souverains.

Il est impossible de poser une règle générale. Sa durée varie avec chaque offre, puisqu'elle résulte de la volonté particulière d'une personne, et que les volontés varient à l'infini. Il faudra donc, chaque fois que la question se présentera, lui chercher une solution particulière, dans la proposition elle-même, et les circonstances qui l'ont accompagnée. A défaut de tout élément d'interprétation, on s'en rapportera à la pratique, généralement suivie dans des cas similaires, à laquelle

¹ Paris, 12 juin 1869 (S. 69, 2, 287), confirmé par un arrêt de la Chambre des requêtes du 28 février 1870 (S. 70, 1, 296); Cassation, 13 août 1872 (S. 73, 1, 56).

l'offrant, en cas de silence, est présumé s'être référé.

D'après ces idées, nous pensons qu'il faudrait laisser un délai plus large à l'acceptation pour se produire en matière civile qu'en matière commerciale, les conventions civiles portant, d'ordinaire, sur des objets moins sujets à la mobilité des cours et à la fréquence des échanges, que les conventions commerciales.

En dehors de là, les principaux éléments d'appréciation résulteront « de la nature du contrat projeté, des rapports antérieurs des parties, de la forme dans laquelle la proposition a été communiquée ¹. »

C'est ainsi que l'offre faite par télégramme supposera le plus souvent une réponse télégraphique ; et une acceptation par lettre missive pourrait être considérée comme tardive ².

Il faudrait juger de même si le proposant avait d'avance payé la réponse par dépêche ³.

Si l'offre a été faite par lettre, il est évident qu'elle appelle une réponse moins immédiate. Dans ce cas, les tribunaux devront s'inspirer des circonstances, et en particulier des termes mêmes de la lettre, pour interpréter la volonté de l'offrant. C'est ainsi que si celui-ci a dit : « J'attends votre réponse, » on pourra trouver là une limitation du délai d'acceptation, et peut-être la nécessité d'une réponse par retour du courrier ⁴.

Si la proposition provient de l'envoi de circulaires, prospectus, etc....., le délai d'acceptation nous semble

¹ Valéry, *loc. citat.*, § 192, p. 184.

² Paris, 12 juin 1869 (D. 70, 2, 6).

³ Bordeaux, 17 janvier 1870 (D. 71, 2, 96).

⁴ Voir sur ces points : Darquer, *loc. citat.*, pp. 46 et suiv ; —

A. Girault, *loc. citat.*, § 111.

beaucoup plus large. Par exception, la nature des offres ainsi faites pourra guider l'interprétation; c'est ainsi que l'annonce d'objets de toilette pour la saison d'hiver, semblera indiquer qu'une acceptation qui attendrait le printemps pour se produire serait tardive. Hors ce cas, ces propositions nous semblent, dans l'esprit de leurs auteurs, devoir se prolonger longtemps, et nous ne saurions admettre, avec la jurisprudence commerciale, qu'elles tombent faute de réponse à brève échéance.

Enfin, quant aux propositions qui résultent de la mise en montre d'objets à vendre avec indication du prix de vente, ou encore dans certains placards ou affiches exposées à la porte des magasins, elles ne subsistent que tant que l'objet reste à l'étalage ou le placard exposé au public.

§ 21. — *Anéantissement de l'offre.* — De ce que la proposition ne présente pas, dans notre Droit, un caractère obligatoire, nous avons conclu que son auteur peut la rétracter. La rétractation, c'est donc là le mode normal d'anéantissement d'une pollicitation.

Cette rétractation peut d'ailleurs être expresse ou tacite. Expresse, elle résultera de toute manifestation de volonté non équivoque. Tacite, le retrait d'un objet mis en montre en est un exemple. Dans l'un et l'autre cas, nous sommes en présence d'une rétractation *volontaire*, c'est-à-dire que la rétractation est le résultat immédiat d'un acte émané du proposant.

La révocation de l'offre peut aussi se produire *de plein droit*; et dans ce cas elle aura pour cause une circonstance indépendante de la volonté de l'offrant, comme sa mort ou la perte de l'objet offert; ou du

moins l'action de l'offrant n'aura été que médiate, par exemple parce que l'offre contenait un délai pour répondre.

Il y a donc cinq causes susceptibles d'anéantir une proposition :

- 1° Rétractation volontaire ;
- 2° Mort de l'offrant. Nous ajoutons : ou de l'acceptant ;
- 3° Incapacité de l'offrant — ou de l'acceptant ;
- 4° Perte de l'objet du contrat ;
- 5° Expiration du délai fixé pour l'acceptation.

§ 22. — *Rétractation*. — Sur la possibilité de la rétractation nous ne reviendrons pas. Mais si en principe toute proposition est révocable, jusqu'à quel moment peut-elle être révoquée ?

Elle peut l'être, sans aucun doute, jusqu'au moment où elle parvient à la connaissance du futur acceptant ; elle l'est même quand les deux lettres d'offre et de révocation de cette offre arrivent ensemble chez leur destinataire ¹. C'est là un premier point sur lequel tous les auteurs sont d'accord, et qui même est admis, nous l'avons vu, par les législations qui considèrent la proposition comme obligatoire. Remarquons cependant que, pour nous, l'offre n'existe que quand le futur acceptant la connaît, dès lors la révocation de cette offre, avant sa prise de connaissance, a pour effet d'empêcher l'offre d'arriver à l'existence. Ce qui est rétracté, c'est le « matériel » de l'offre, son enveloppe, la lettre qui la contient, les termes qui auraient dû l'exprimer ;

¹ La jurisprudence l'admet même en matière commerciale, quoiqu'en cette matière l'usage veuille qu'il y ait un délai pour accepter. — Voir en ce sens : Bordeaux, 13 juin 1853 (D. 55, 2, 322).

quant à la proposition même, elle est détruite avant d'être née, elle n'est pas rétractée.

La rétractation d'une offre peut donc se produire *avant* ou *en même temps* que la manifestation même de cette offre. Avant? Elle résultera de l'envoi d'un télégramme qui parviendra plus vite à destination que l'offre, faite par hypothèse par lettre. Elle peut résulter encore de la révocation du mandataire chargé de porter la proposition; c'est l'application de l'article 2003 du Code civil. En même temps? Elle se produira par l'envoi d'une deuxième lettre qui fera partie du même courrier que la première. Mais, nous le répétons, dans ces deux cas il n'y a pas à proprement parler révocation d'une offre; il y a anéantissement de cette offre, avant qu'elle ait acquis une existence juridique.

Nous ajoutons que la proposition peut être aussi révoquée, avant ou en même temps qu'elle se manifeste, même si elle contient une concession de délai pour l'acceptation, ou un engagement formel de la maintenir un certain temps.

Supposons maintenant que la proposition est arrivée à la connaissance du futur acceptant, pourra-t-elle encore être rétractée? En d'autres termes : la rétractation peut-elle se produire *après* la manifestation de l'offre? Oui évidemment, puisque l'offre par elle-même n'oblige pas son auteur, puisqu'elle ne crée pas un lien juridique; et elle pourra l'être jusqu'à l'instant où se formera le concours des volontés et par lui le contrat. C'est seulement pendant cette période, d'après nous, qu'il y aura une rétractation véritable.

Donc la rétractation pourra se produire jusqu'à la perfection du contrat, à moins bien entendu que l'offre

ne contienne une concession de délai pour répondre, ou un engagement formel de la maintenir un certain temps. Une fois le contrat né, il ne pourra plus être question, pour une des parties, de revenir sur les faits accomplis ; le contrat s'est formé par un mutuel accord, un accord mutuel seul pourrait le dissoudre. Mais quand s'arrête le droit de révocation, ou si l'on veut quand se forme le contrat entre absents ? C'est là un point fort discuté et que nous étudierons dans une suivante section ; nous examinerons ensuite les diverses solutions auxquelles amène chaque système relativement à la durée du pouvoir de rétractation.

Reste une dernière question : Qu'est-ce qui constitue la rétractation ? Le changement intime de la volonté de l'offrant ne saurait, selon nous, valoir rétractation. Il ne suffit pas que le proposant révoque sa proposition avant la formation du contrat, il faut de plus que sa rétractation arrive, avant ce moment, à la connaissance du destinataire de l'offre. En effet, la révocation d'une volonté exprimée n'est autre chose qu'une volonté nouvelle qui vient se substituer à la première ; elle n'existera donc, aux yeux du cocontractant, comme toute autre volonté, que quand celui-ci en aura pris connaissance ¹. Nous reviendrons plus tard sur ce point.

§ 23. — *Mort de l'offrant* ou de l'acceptant. — *L'offrant est mort* avant la conclusion du contrat ; sa mort entraîne-t-elle l'annulation de l'offre ? On a soutenu la négative. M. Delvincourt ² dit en effet : « *Quid*, si dans la vente par correspondance, l'une des deux parties vient à mourir avant l'acceptation ? les offres peuvent-

¹ Voir en sens contraire : M. Valéry, *loc. citat.*, §§ 179 et suiv.

² Delvincourt, t. III, p. 134.

elles encore être acceptées ? Il semble que, dans la vente qui n'est pas un acte solennel, le droit et l'obligation des héritiers doivent être les mêmes que le droit et l'obligation du défunt, et que par conséquent, les offres peuvent être acceptées, comme elles l'auraient été, si le décès n'avait pas eu lieu. » M. Delvincourt cite à l'appui de son système un arrêt de la Cour de Caen du 27 avril 1812 ¹.

L'erreur de M. Delvincourt repose sur une fausse conception de l'offre. La proposition, nous l'avons dit, présente un caractère de continuité. Celui qui offre, offre maintenant, offrait tout à l'heure, offrira jusqu'au moment de la conclusion du contrat, si le contrat doit se conclure. Sa volonté ne doit donc pas seulement se manifester, mais se maintenir, se prolonger. Or la mort anéantit la volonté comme tout le reste. Quand on est mort, on ne peut plus vouloir ; on ne peut donc plus offrir : « *mortuus non loquitur* », disait Surdus ².

On objecte, il est vrai, que les héritiers succèdent aux obligations de leur auteur ; mais nous savons que l'offre, expression d'une volonté unique, ne peut par elle seule engendrer aucune obligation. Donc la mort du proposant fait tomber *ipso jure* la proposition qu'il avait faite. Si ses héritiers veulent la maintenir, ils devront en avertir son destinataire, et cet avertissement aura la valeur d'une offre nouvelle, car, si elle contient les mêmes propositions que la première, du moins émane-t-elle d'une volonté différente. Enfin si, malgré le silence des héritiers du premier offrant, une acceptation se produit dans la suite, elle ne vaudra encore

¹ S., 12, 2, 94.

² Livre I, Conseil 136.

que comme une offre nouvelle que les héritiers du premier offrant pourront accepter ou refuser. Tous les auteurs aujourd'hui sont d'accord sur ce point ¹.

Nous supposons maintenant que *c'est le destinataire de l'offre qui meurt* ; ses héritiers pourront-ils l'accepter en son lieu et place ? « Les héritiers de celui à qui les offres ont été faites, répond M. Duranton ², et qui, surpris par la mort, n'a pas eu le temps de les accepter, pourraient les accepter eux-mêmes, à la différence d'une donation qui est faite *intuitu personæ*. » La raison qu'on invoque, à l'appui de ce système, est encore que les droits et les obligations des héritiers sont les mêmes que ceux de leur auteur. C'est exact, mais ce que nous contestons, c'est que l'offre non encore agréée constitue un droit, et entre comme telle dans le patrimoine du futur acceptant. L'héritier succède aux conventions formées, mais ici il n'y a pas eu de convention puisqu'il n'y a pas eu d'acceptation. On dit parfois que l'offre fait acquérir à son destinataire *le droit* d'accepter ; ce n'est là qu'une façon de parler ; elle lui permet d'accepter, comme une question adressée à une personne permet à celle-ci d'y répondre, mais par elle seule, elle ne peut évidemment engendrer aucun droit. La question d'ailleurs n'est plus discutée aujourd'hui ³.

On peut invoquer une autre raison en faveur de cette

¹ Voir en ce sens : Straccha (*Tractatus de adjecto, ultima pars*, n° 8) ; — Pothier, *Vente*, n° 32 ; — Merlin, *Répertoire, Vente*, § 1, art. 3, n° 11 bis ; — Laurent, t. XV, § 478 ; — Aubry et Rau, t. III, § 343, note 2 ; — Guillouard, *Vente*, t. I, § 14 ; — Valéry, *loc. citat.*, § 204.

² Duranton, t. XVI, n° 45 ; — *sic* Delvincourt, *loc. citat.*

³ Voir Demolombe, t. XXIV, § 69 ; — Aubry et Rau, *loc. citat.* ; — Duvergier, *Vente*, I, 69 ; — Guillouard, *loc. citat.* — En ce sens : Cassation, 16 avril 1874 (S. 74, 1, 432).

idée que la proposition, adressée à une personne, ne peut être acceptée par ses héritiers ; c'est le caractère personnel de l'offre. L'offre est relative, avons-nous dit, en ce sens qu'elle n'existe que par rapport à son destinataire ; la suscription de la lettre ou du télégramme qui la contiennent, la bande de la circulaire envoyée, prouvent que c'est à telle personne en particulier que la proposition s'adresse ; c'est donc elle seulement qui pourra l'accepter. C'est là la règle, mais elle comporte des exceptions ; nous avons vu qu'il existe des offres impersonnelles. Il pourra donc y avoir lieu à une question d'interprétation de la volonté du proposant, que le juge, en cas de difficulté, sera appelé à résoudre. « Les expressions employées dans la lettre, ou les rapports de l'offrant avec les héritiers de celui à qui a été faite l'offre ¹ » seront les principaux éléments d'appréciation. Enfin si la proposition résulte de l'envoi de prospectus, catalogues, tarifs de prix, etc..., qui sont en général expédiés en grand nombre et sans considération aucune des destinataires, on pourra souvent y voir une offre générale, adressée, dans la personne d'un de ses membres, à toute une famille, et dès lors permettre aux héritiers d'accepter à la place de leur auteur. Mais, remarquons-le, ces exceptions résultent de ce que parfois la proposition présente un caractère impersonnel, mais non de ce que les héritiers du destinataire succèdent à un prétendu droit d'acceptation que l'offre eût fait acquérir à leur auteur.

Il reste un dernier cas, dans lequel la question est beaucoup plus délicate : c'est quand l'offre contenait la fixation d'un délai pour l'acceptation. La mort du proposant,

¹ Guillouard, *loc. citat.*

survenant avant l'expiration du délai, anéantit évidemment cette offre, comme toute autre ; mais la mort du destinataire produit-elle le même résultat ? M. Darquer¹ admet la négative. Il invoque les articles 724 et 1122 du Code civil : « On est censé stipuler pour ses héritiers comme pour soi ; les droits et obligations du défunt se transmettent à ses successeurs. Le contrat principal, il est vrai, n'est pas encore formé, aussi ne sont-ce pas les droits nés du contrat principal qui passent aux héritiers, mais bien le droit d'accepter né du *contrat de proposition*. » (Ce « contrat de proposition » se forme par une acceptation première et spéciale de l'offre de délai. acceptation soit expresse, soit tacite ; et qui même, d'après quelques auteurs, pourrait résulter du simple silence de l'acceptant². C'est une convention préliminaire au contrat principal.)

M. Valéry enseigne une opinion contraire³. « La promesse de laisser subsister la proposition, constitue moins la création d'un droit particulier, au profit du destinataire de la lettre d'offres, qu'une restriction au droit de révoquer la proposition. » Je vais plus loin et crois que le plus souvent la concession d'un délai sera toute en faveur de l'offrant, car elle a le plus souvent pour but principal de limiter le temps pendant lequel l'offrant doit rester incertain sur le sort du contrat qu'il a proposé. M. Valéry dit encore : « Du reste, en admettant même qu'elle crée un droit pour l'acceptant, la

¹ *Loc. citat.*, pp. 48, 49.

² Nous n'admettons pas qu'une acceptation puisse s'induire du seul silence du présumé acceptant ; pour nous, elle doit être formelle, ou tout au moins résulter de circonstances extérieures qui la rendent évidente. Nous reviendrons sur cette question.

³ *Loc. citat.*, § 209, *in fine*.

question se pose de savoir si ce droit est transmissible, et si l'offrant n'a pas voulu s'engager uniquement envers la personne à laquelle il s'est adressé. » Or c'est là, je crois, le cas ordinaire. L'offre faite par lettre ou télégramme s'adresse à une personne en particulier, au destinataire de la lettre ou du télégramme. Si le destinataire vivait encore, ceux qui par sa mort deviennent ses héritiers ne pourraient certes pas l'accepter. Le proposant pourrait leur répondre : « Ce n'est pas à vous que j'ai fait une offre, je ne vous connais pas. » Mais, dira-t-on, la convention préliminaire passée entre l'offrant et le futur acceptant mort aujourd'hui, a fait naître au profit de ce dernier un droit que ses héritiers trouvent dans son patrimoine. Quel est donc ce droit ? Le droit d'accepter l'offre jusqu'à l'expiration d'un certain délai ? Il y a là une erreur. La possibilité d'accepter, nous le savons, ne constitue pas un droit, c'est une simple faculté, et cette faculté, c'est l'offre elle-même qu'il a procurée au futur acceptant, et non le contrat préliminaire de proposition. Ce qui résulte de la concession d'un délai, c'est surtout l'obligation, pour l'acceptant, d'accepter avant l'expiration du terme imparti. Il y a bien aussi une obligation pour l'offrant de maintenir sa proposition pendant toute la durée du délai, mais cette obligation nous semble participer du caractère personnel de l'offre. Donc, si la concession d'un délai ne fait acquérir au futur acceptant aucun droit dont ses héritiers pourraient se prévaloir, et si d'autre part l'offre a un caractère personnel, ce qui a lieu en principe, la proposition ne pourra être acceptée que par celui-là même à qui elle était adressée. Ce principe nous semble certain. Toutefois, comme la volonté du proposant peut enlever à l'offre son caractère personnel, les tribunaux,

juges souverains de la question d'intention, pourront exceptionnellement étendre la proposition aux héritiers de son destinataire.

Nous rappelons que plusieurs législations étrangères ont adopté sur ce point une opinion différente, et, à notre avis, contraire aux principes. Elles admettent que la mort fixe irrévocablement le consentement qui s'est manifesté, et qu'au lieu de le rétracter *ipso jure*, elle empêche au contraire toute rétractation ultérieure de se produire. L'article 297 du Code de commerce allemand le décide formellement. En matière commerciale, cette disposition peut se justifier; l'offre émane plutôt du fonds de commerce que du commerçant lui-même; or, si le commerçant meurt, son fonds de commerce lui survit et se perpétue dans la personne de ses successeurs. Cette distinction du « fonds de commerce » ayant une existence propre, en quelque sorte une personnalité distincte, d'avec le commerçant lui-même, peut expliquer le système admis en Allemagne. Cette idée, d'ailleurs, répond bien aux besoins du commerce, et évite les conséquences fâcheuses qu'entraîne nécessairement une interruption dans l'existence d'une maison de commerce¹. Mais ce sont seulement des considérations pratiques, et spéciales aux affaires commerciales, qui nous poussent à justifier cette doctrine qui, certes, est contraire aux vrais principes. Aussi rejetons-nous sans hésitation l'extension de cette idée, qu'en fait à toute personne l'article 86 du projet de Code civil allemand.

Resterait à dire jusqu'à quel moment la mort de

¹ Voir sur ce point : A. Girault, *loc. citat.*, § 115 ; — Valéry, *loc. citat.*, §§ 263 bis, 264.

l'une des parties fait tomber la proposition. Mais ici encore il faut attendre d'avoir pris parti dans la question du moment où se forme le contrat par correspondance; car l'offre peut être anéantie d'une façon ou d'une autre jusqu'à cet instant.

§ 24. — *Incapacité de l'offrant* ou de l'acceptant. — Tout ce que nous avons dit de la mort d'une des parties contractantes, s'applique également au cas où elle devient incapable, quelle que soit d'ailleurs la cause de son incapacité ¹.

Un seul cas intéressant est celui où l'une des parties devient incapable par la déclaration de faillite, ou la mise en liquidation judiciaire, se produisant après que l'offre a été faite. MM. Lyon-Caen et Renault exposent ainsi la question : « Sans doute, le failli ou le débiteur mis en liquidation judiciaire n'est pas incapable de contracter, mais il ne peut pas, du moins, faire des contrats opposables à la masse..... Le syndic pourrait sans doute maintenir l'offre du failli; mais alors, si le contrat se formait, la masse représentée par le syndic serait elle-même partie contractante, elle serait créancière ou débitrice de celui avec qui elle conclurait le contrat. En cas de liquidation judiciaire, l'offre pourrait être maintenue par le débiteur dûment autorisé. »

§ 25. — *Perte de l'objet du contrat*. — Ce point est tellement évident qu'il est à peine besoin de s'y arrêter. Je vous offre de vous vendre ma maison, et avant que le contrat de vente soit parfait par votre acceptation,

¹ Voir en ce sens : Demolombe, *loc. citat.*, n° 63; — R. Rousseau, *Lettres missives et télégrammes*, § 69; — Lyon-Caen et Renault, *Droit commercial*, t. III, § 15 bis; — Valéry, *loc. citat.*, § 210.

ma maison est détruite par un incendie, ou mise hors du commerce par suite d'une expropriation par exemple ; il va de soi que la perte de la chose, ou sa mise hors du commerce anéantissent *ipso jure* la proposition. C'est l'application des articles 1108, 1126 et 1601 du Code civil.

Mais si c'est par la faute du proposant que la chose a péri, celui à qui l'offre était adressée aura-t-il un recours contre lui ? Non assurément, car, nous l'avons vu, la simple pollicitation ne lie pas son auteur ; celui-ci avait le droit de révoquer son offre ; il exerce ce droit en en détruisant l'objet. Mais si l'offre était accompagnée d'un délai ? Cette concession de délai vaut, nous le savons déjà, renonciation temporaire au droit de révoquer l'offre ; le proposant est obligé de la maintenir pendant le délai, il manque donc à son obligation s'il en détruit volontairement l'objet, et il devient passible de dommages-intérêts.

§ 26. — *Quid du refus d'acceptation ?* — Celui à qui la proposition était adressée a répondu par un refus, puis il se repent et écrit à nouveau pour accepter ?

Si la rétractation du refus arrive avant ou en même temps que le refus, le contrat se forme.

Si le changement de volonté ne parvient qu'après le refus de l'offre, il ne vaut pas, à notre avis, comme acceptation, il ne parfait pas le contrat ; il n'a que la valeur d'une offre nouvelle ; et nous admettons cette idée, même au cas où l'offre contenait l'engagement d'être maintenue un certain temps, et que le refus d'accepter, puis la rétractation de ce refus se sont produits l'un et l'autre avant l'expiration du délai. En effet, au reçu d'un refus d'accepter, le proposant a dû se croire dégagé, et il a pu s'adresser d'un autre côté.

Nous remarquons que ces solutions, qui nous paraissent très juridiques, cadrent parfaitement avec le système que nous adoptons sur l'instant de la formation du contrat entre absents, puisque, pour nous, le concours des volontés ne se produit qu'à l'instant où l'offrant prend connaissance de l'acceptation.

§ 27. — *Expiration du délai d'acceptation.* — Nous avons maintes fois parlé d'une offre faite avec concession d'un délai pour l'acceptation. Nous allons entrer dans quelques détails sur ce point, avant de terminer avec la première phase du contrat, la proposition.

Souvent l'offre est accompagnée d'une formule de ce genre : « Réponse par retour du courrier, » « réponse dans les vingt-quatre heures, » ou : « je vous accorde huit jours pour accepter. »

Ainsi faite, la proposition entraîne les conséquences suivantes :

1° Engagement pour l'offrant de maintenir son offre pendant le délai accordé ;

2° Obligation pour celui à qui l'offre est adressée, de l'accepter dans ce délai, et dès lors anéantissement *ipso jure* de l'offre à l'expiration de ce délai.

Il résulte de là que l'acceptation qui se produit dans le délai prescrit parfait le contrat, alors même que l'offrant aurait alors rétracté sa proposition. C'est l'opinion généralement enseignée ¹. Cependant, M. Larombière ² semble adopter une doctrine différente :

¹ Voir en ce sens : Demolombe, t. XXIV, §§ 64 et suiv. ; — Zachariæ, § 343, n° 2 ; — Aubry et Rau, t. IV, § 343 ; — Guillouard, *Vente*, t. I, n° 12 ; — Darquer, *loc. citat.*, pp. 44 et suiv.

² Larombière, *Traité des obligations*, t. I, sur l'article 1401, n° 14.

« Si, vous offrant la vente de ma maison, je vous accorde huit jours pour réfléchir ou consulter votre famille, je ne reprends le droit de rétracter mes offres, à défaut d'acceptation, qu'après l'expiration des délais accordés. Je ne puis du moins les rétracter en ce sens que si, sur la foi de ma proposition, vous avez fait quelques démarches, quelques dépenses, ma rétractation en faisant manquer le contrat, m'oblige envers vous à la réparation du préjudice causé. Mais j'en puis les rétracter en ce sens que votre acceptation ultérieure ne peut faire considérer ma rétractation comme nulle, et m'imposer de force un contrat contre lequel j'ai protesté avant sa formation. »

Quelle est, de ces deux doctrines, la plus juridique ?

Voyons d'abord sur quoi s'appuie l'opinion généralement admise : « Une telle offre, dit M. Guillouard ¹, n'est plus une simple sollicitation, toujours révocable, elle constitue... une promesse unilatérale, elle engendre un lien de droit.... » Il y a donc une première convention, convention préparatoire, qui se forme avant la conclusion du contrat principal. Cette convention préparatoire, M. Rippert ² l'appelle « contrat de proposition. » Comment se forme le contrat de proposition ? Par l'offre qui, en réalité, contient deux propositions : proposition d'un délai d'acceptation, et proposition du contrat principal ; et par l'acceptation qui est faite de la première de ces propositions. Cette acceptation peut être expresse ou tacite. Dans l'opinion générale elle peut même s'induire du seul silence de

¹ *Loc. citat.*

² De la vente commerciale, *Revue pratique*, 1874, t. XXXVII, p. 177.

l'acceptant, parce que, suivant l'expression de M. Demolombe ¹, « elle est tout entière à son avantage, et qu'il n'a aucun intérêt à la refuser. » Or, « ne serait-il pas, en pareil cas, dit encore M. Demolombe ², raisonnable d'induire son acceptation de ce seul fait, que l'offre serait parvenue à sa connaissance, lorsque cette offre, exclusivement faite dans son intérêt, ne demanderait d'ailleurs aucune réponse? » C'est un cas de *contractus lucrativus*.

Nous ne saurions adopter cette idée. Est-il bien vrai, en effet, que la concession d'un délai pour l'acceptation soit faite uniquement dans l'intérêt du futur acceptant? Oui, quand elle est évidemment extensive du délai normal, que la proposition, par sa nature, accorde à l'acceptant. Mais, hors ce cas, elle me paraît avoir en vue, sinon l'intérêt exclusif du pollicitant, du moins plus directement son intérêt que celui de l'acceptant. C'est ce qu'a bien exprimé un arrêt de la Cour de Bruxelles ³, cité par M. Laurent ⁴ : « On doit tenir compte, dans les marchés qui se font par correspondance, des fluctuations incessantes qu'éprouve le cours des marchandises; le *pollicitant a un intérêt pressant à savoir si ses offres sont acceptées ou refusées, c'est pour cela qu'il propose un délai, afin que dans ce délai il soit fixé sur le sort de la vente; passé ce délai il recouvre son entière liberté et il peut négocier ailleurs.* »

D'ailleurs, la concession de délai fût-elle toute en

¹ Demolombe, *loc. citat.* § 65; — Sic Guillouard, *loc. citat.* n° 12; — Darquer, *loc. citat.* p. 45, *in fine*.

² *Loc. citat.* § 59.

³ Bruxelles, 25 février 1867, (D. 67, 2, 193).

⁴ Laurent, t. XV, § 476

faveur de l'acceptant, nous n'admettrions pas que son seul silence valût acceptation. Pour nous, se taire n'est jamais accepter, même quand celui qui se tait aurait le plus grand intérêt à accepter. Il peut avoir d'excellents motifs, quoique inconnus, de ne pas agréer la proposition, et l'on n'a pas le droit d'interpréter son silence dans le sens d'un acquiescement. Une volonté n'existe juridiquement, nous l'avons dit, que quand elle s'est manifestée. Il n'y a d'exception à cette règle que quand des circonstances extérieures, comme une convention préalable, des relations antérieures, rendent la volonté évidente malgré son silence.

Nous avons admis que « le contrat de proposition » ne peut se conclure au cas de silence du futur acceptant. Qu'en résulte-t-il? Nous n'allons pas jusqu'à prétendre que la fixation d'un délai, pour l'acceptation, n'emporte jamais engagement de maintenir l'offre jusqu'à l'expiration dudit délai; car alors son seul effet serait de donner à son destinataire le droit de réclamer une indemnité, si l'offrant lui causait un préjudice en révoquant sa proposition; or nous avons dit que toute révocation lui donne ce droit, alors même que l'offre révoquée n'est pas accompagnée de la fixation d'un délai. Seulement, nous croyons que l'obligation pour l'offrant de ne pas rétracter son offre ne naîtra *que quand la proposition du délai aura été acceptée*, que quand « le contrat de proposition » se sera formé. Et pour nous, cette acceptation devra être formelle, ou du moins résulter de circonstances extérieures qui la rendent évidente.

§ 28. — Le premier effet de la fixation d'un délai d'acceptation est donc de défendre au proposant toute

rétractation. Cette formule pourtant est un peu trop générale.

Tout d'abord, elle ne s'applique qu'aux cas de rétractation volontaire; si le proposant meurt ou devient incapable avant l'expiration du terme imparti, son offre meurt avec lui; nous l'avons démontré précédemment.

Même ainsi restreinte, notre règle est trop large encore. Ce qui est défendu au proposant, c'est toute rétractation volontaire postérieure à l'offre. Mais si la révocation de l'offre arrive chez son destinataire avant l'offre elle-même, elle est parfaitement valable; et on admet la même solution si les deux lettres d'offre et de révocation arrivent ensemble. Toutefois, dans ce deuxième cas, l'hésitation est possible. D'après les principes que nous avons posés, si le futur acceptant, par hypothèse, a lu la lettre d'offres avant la lettre de rétractation, quoique toutes les deux lui soient arrivées par le même courrier, la rétractation ne devrait avoir aucune valeur; en effet, l'offre a acquis son existence juridique au moment même où son destinataire en a pris connaissance, et de ce moment, toute rétractation est devenue impossible.

Pour expliquer la solution généralement admise, on a dit que « les deux lettres ne formaient qu'un seul contexte en deux pages contradictoires. » C'est inexact; elles sont bien distinctes, et manifestent deux volontés qu'un certain intervalle de temps a pu séparer.

La raison qui a fait admettre la validité de la rétractation, dans cette hypothèse, nous semble être celle-ci : Il est impossible de laisser au hasard le soin de décider si l'offre sera valable ou non. De plus, il est très difficile de constater et de prouver laquelle des deux lettres a

été lue la première. On a reculé devant les difficultés de la pratique, et on a admis que la rétractation produirait effet, pourvu qu'elle arrive chez le destinataire en même temps que l'offre, même quand elle ne serait connue qu'après celle-ci ¹.

D'ailleurs, cette question ne se pose guère que pour ceux qui pensent que « le contrat de proposition » se forme malgré le silence du futur acceptant. Pour nous qui exigeons que l'offre du délai soit acceptée, il faudrait supposer que l'acceptant, après avoir lu la lettre d'offre, a répondu immédiatement qu'il accepte la proposition de délai, puis n'a pris connaissance de la lettre de révocation que lorsque son acceptation était déjà parvenue à la connaissance de l'offrant, et cela quoiqu'il ait reçu les deux lettres ensemble. L'hypothèse, on le conçoit, sera très rare.

§ 29. — Quant à la deuxième conséquence de la concession du délai, à savoir que l'offre tombe *ipso jure* à l'expiration du dit délai, elle nous paraît certaine. « C'est une condition, dit M. Laurent ², que je mets à mon offre ; si l'offre n'est pas acceptée dans le délai, la condition est défaillie, il n'y a plus d'offre. » Donc l'acceptation tardive n'aura que la valeur d'une proposition nouvelle, que le premier offrant sera libre d'accepter ou de refuser.

§ 30. — Mais, remarquons-le, pour que ce double

¹ M. Ch. Darquer croit cependant qu'il faut suivre l'ordre des dates des deux lettres. Si la plus ancienne contient l'offre, la révocation, quoique arrivée en même temps, serait non avenue ; *loc. citat.* p. 40 *in fine* et 41.

² *Loc. citat.* — Voir en ce sens : arrêté de la Cour de Bruxelles précité ; — *sic* Lyon, 27 juin 1867, (S. 68, 2, 182).

effet se produise, il faut qu'il y ait bien véritablement fixation d'un délai pour l'acceptation. Il en est ainsi, évidemment, dans les exemples que nous avons cités précédemment : « Réponse dans les huit jours, ou par retour du courrier. » Au contraire, aucune limite n'est apportée à l'envoi de l'acceptation par ces formules banales de politesse : « En attendant l'honneur de vous lire, » « En attendant que vous m'honoriez d'une réponse ¹. »

Mais si, sans contenir fixation expresse d'un délai, l'offre, par sa forme même, implique obligation de répondre à brève échéance, quel en sera l'effet ? Ainsi, nous savons que l'offre faite par dépêche demande le plus souvent une réponse télégraphique. Certains auteurs vont même plus loin, et pensent qu'en matière commerciale, une proposition faite par lettre réclame en général une réponse par retour du courrier². Faut-il donc admettre, dans ces cas, que cette fixation tacite d'un délai entraîne, pour le proposant, obligation de maintenir son offre jusqu'à l'expiration du délai ? La question est délicate pour ceux qui croient que la convention de délai se forme dans le silence du destinataire des offres. Il semble bien qu'ils soient obligés d'aller jusque-là. Et l'on arrive ainsi, tout en admettant que la proposition n'a pas un caractère obligatoire, à lui faire produire, dans bien des cas, les mêmes effets que si elle engendrait par elle seule un lien juridique.

Pour nous, la proposition de délai ne vaut que si elle a été acceptée ; faute d'acceptation, elle ne peut produire que son second effet, c'est-à-dire que l'offrant res-

¹ Voir en ce sens : A. Girault, *loc. citat.* § 107, p. 152 *in fine*.

² Ch. Darquer, p. 47 *in fine* et 48.

tera libre de se rétracter, mais que son offre tombera *ipso jure* à l'expiration du terme imparti. Et nous appliquons la même solution au cas où la fixation du délai résulte, en dehors de toute concession formelle, de la proposition même ou de la nature du contrat proposé, car, dans ces cas, nous ne trouvons pas d'acceptation du délai.

L'offre faite par télégramme demandera le plus souvent une réponse télégraphique, mais cela signifie seulement que l'offre tombera si l'acceptation n'est pas faite par dépêche, mais non que l'offrant s'engage à maintenir son offre jusqu'à l'arrivée de cette dépêche. Enfin, notre observation acquiert une bien plus grande importance si, comme nous le disions tout à l'heure, on voit parfois une fixation tacite de délai dans l'offre commerciale faite par lettre ; car, dans ce cas, l'offrant aura le temps de se rétracter bien des fois (en recourant au télégraphe ou au téléphone, par exemple), avant de recevoir l'acceptation. Ces solutions nous semblent conformes aux principes et à l'intention présumée des parties.

§ 31. — Reste une dernière question : *Comment calculer le délai ?*

Commence-t-il à courir de l'expédition de la lettre d'offre, ou de l'arrivée de cette lettre chez le destinataire ?

De plus, est-ce l'acceptation qui doit se produire dans ce délai, ou faut-il que l'offrant ait reçu cette acceptation avant l'expiration du dit délai ?

Il y a, sur le premier point, une question de fait, d'interprétation de volonté ¹.

¹ Voir Valéry, *loc. citat.* § 195.

Sur le deuxième, il nous semble évident que le proposant veut connaître la réponse avant l'expiration du délai. La concession de ce délai, nous l'avons dit, en supposant même qu'elle était faite surtout dans l'intérêt du futur acceptant, a pourtant aussi pour but de fixer le proposant sur le sort du contrat qu'il a proposé ; or ce n'est pas le fait de l'acceptation, ni même l'envoi de cette acceptation, qui le fixera sur ce point, c'est seulement la connaissance qu'il prendra de la lettre qui la contient. Cette solution est conforme à l'idée que nous nous sommes faite de la manifestation des volontés. Elle est adoptée par la jurisprudence. Celle-ci apporte, il est vrai, une exception à la règle : lorsque le retard de la réponse provient de circonstances anormales et *connues de l'offrant*, par exemple des faits de guerre ayant jeté le trouble dans les services postaux, l'offrant sera réputé avoir accordé un délai plus long ¹. Mais hors ce cas spécial, elle juge que le contrat ne se peut former, si la lettre d'acceptation arrive après que le terme imparti est expiré, et cela même si le retard provient d'un fait indépendant de la volonté de l'acceptant, comme une erreur de la poste ou un accident ².

M. A. Girault ³ admet aussi cette idée. Puis il ajoute que le proposant, quand il reçoit l'acceptation tardive, doit « prévenir immédiatement l'acceptant. Autrement l'acceptant qui, n'ayant pas été averti, a fait des frais pour l'exécution du contrat, pourrait réclamer des dommages-intérêts à l'offrant qui lui a laissé ignorer la véritable situation. »

¹ *Journal des tribunaux de commerce*, 1875, t. XXIV, p. 488.

² Ainsi jugé à Lyon, 27 juin 1867 (D. 67, 2, 494).

³ *Loc. citat.* § 413 *in fine*.

Il nous paraît difficile d'accepter cette idée. Nous ne voyons pas sur quoi se fonde cette obligation, pour le proposant, de prévenir l'acceptant que son acceptation, étant arrivée trop tard, le contrat n'a pu se former. En effet, quelle est la cause du préjudice subi par l'acceptant ? Ce n'est pas le silence du proposant, c'est le retard apporté dans la transmission de l'acceptation. Or ce retard, ou bien il provient de la faute de l'acceptant, qui dès lors devait bien savoir que le contrat ne se formerait pas ; ou bien il provient de la faute de l'agent de transport, et c'est contre lui que l'acceptant devra recourir (sauf le principe de l'irresponsabilité de l'Etat) ¹ ; ou bien il résulte d'une circonstance extérieure, auquel cas l'acceptant sera la victime d'un cas fortuit. Et nous appliquerions la même solution si le retard de l'acceptation provenait d'un retard apporté dans la transmission de l'offre, car, ce qu'a voulu le pollicitant, c'est être fixé dans un certain délai, et être dégagé à l'expiration de ce délai. Il n'en serait autrement que si le retard de la lettre d'offre avait pour cause la faute du proposant ².

La solution que nous avons admise est consacrée par les législations suisse et allemande. J'ajoute que ces législations obligent, comme M. Girault, le premier proposant à prévenir l'acceptant que sa réponse est arrivée trop tard à destination, et ce sous peine de dommages-intérêts. « Le pollicitant a le droit d'admettre pour le

¹ L'irresponsabilité de l'Etat en matière postale est consacrée par les lois du 24 juillet 1793, article 38 ; 5 nivôse an V, article 14, et 5 avril 1879, article 8, — et en matière télégraphique, par l'article 6 de la loi du 19 novembre 1850.

² Voir en ce sens : Lyon-Caen et Renault, *Droit commercial*, t. III, § 24.

calcul du délai, que le destinataire a reçu l'offre en temps voulu. Si l'acceptation expédiée à temps parvient tardivement à l'auteur de l'offre, et que celui-ci entende ne plus être lié, il doit, sous peine de dommages-intérêts, en informer immédiatement l'acceptant. » (Code fédéral suisse des obligations, art. 5 *in fine*.) Le Code de commerce allemand (art. 319, al. 2), enseigne la même opinion, seulement, moins logique que la loi suisse, il déclare que si le proposant a négligé de prévenir l'acceptant, le contrat est formé, malgré le retard de l'acceptation.

Par contre, la jurisprudence anglaise décide, dans tous les cas, que la convention se forme malgré l'arrivée tardive de la lettre ¹.

SOUS-SECTION II

DE L'ACCEPTATION

§ 1. — Si l'offre rend le contrat possible, c'est l'acceptation qui le forme en venant se joindre à cette offre. L'acceptation est donc la seconde phase de la convention, le second élément du consentement, la seconde volonté qui se manifeste et qui, par son concours avec la première, engendre le *vinculum juris*.

Quels caractères intrinsèques la manifestation de volonté doit-elle présenter, pour valoir acceptation?

- 1° Elle doit être sérieuse ;
- 2° Elle doit être connue du proposant ;
- 3° Elle doit être concordante avec la proposition.

¹ Arrêt de la Cour du Banc du Roi, de 1818. — *Journal de Droit international privé*, 1875, t. II, p. 379.

§ 2. — Il est inutile d'insister sur le premier caractère de l'acceptation. Comme l'offre, elle doit être sérieuse, non équivoque, parce que le contrat est une chose sérieuse et qui suppose des volontés bien réfléchies.

Elle doit être connue du pollicitant; cela résulte de la conception que nous nous sommes faite de la manifestation des volontés. Nous ne revenons pas sur ce point, que nous avons exposé en détail précédemment.

Elle doit concorder avec la proposition. Nous ne voulons pas dire par là que l'acceptation doit contenir, comme l'offre, toutes les clauses et conditions du contrat à naître; cela est évidemment inutile. La proposition, complète par hypothèse, a averti le futur acceptant des engagements qu'il allait prendre, ou des obligations qu'on allait contracter envers lui; il suffit qu'il manifeste sa volonté de s'obliger envers l'offrant, ou d'obliger l'offrant envers lui. Il peut donc se contenter de dire ou d'écrire : « J'accepte. »

§ 3. — *Concordance de l'offre et de l'acceptation.* — En quoi doit consister l'accord des deux manifestations de volonté ?

Il faut qu'il y ait :

- 1° Conformité quant à la nature du contrat;
- 2° Conformité quant aux personnes;
- 3° Conformité quant à l'objet du contrat;
- 4° Conformité quant aux conditions du contrat.

§ 3 bis. — 1° *Conformité quant à la nature du contrat.* — Ce premier point est évident : si je vous offre de vous louer ma maison, et que vous acceptiez de l'acheter, aucun contrat ne se forme, parce qu'il n'y a pas concours des volontés ¹.

¹ Demolombe, t. XXIV (*Des Contrats. — Consentement*), § 52.

§ 4. -- 2° *Conformité quant aux personnes.* — Le principe est que l'offre, ayant un caractère personnel, ne peut être acceptée que par la personne à qui elle est adressée, ou par le mandataire de cette personne ¹.

Nous avons vu cependant qu'il existe des offres impersonnelles, s'adressant à tous, et dès lors à personne en particulier; si par hypothèse ces offres sont complètes, l'acceptation du premier venu, en venant s'y joindre, parfait le contrat auquel le proposant ne peut plus se soustraire (sauf au cas de réserves expressément ou implicitement comprises dans l'offre ²). Enfin nous savons que certaines propositions, quoique adressées à telle ou telle personne en particulier, ne présentent pas en général un caractère personnel; ce sont celles qui résultent de l'envoi de prospectus, catalogues, etc.... Nous avons dit que le juge pourrait souvent les étendre aux héritiers de leur destinataire; parfois même elle pourront être acceptées par ses parents ou amis, le but de ces sortes d'offres étant en général de provoquer le plus de demandes possible. Dans tous ces cas, d'ailleurs, il y a une question d'intention dont les tribunaux sont juges souverains.

Une offre est faite à plusieurs, à trois personnes par exemple. Deux seulement l'acceptent. Sans aucun doute la troisième n'est pas liée; mais les deux premières le sont-elles? Oui, si l'objet de l'offre était divisible, et que, dans l'intention de l'offrant, il y eût admission d'acceptations séparées et individuelles. Oui encore, si le proposant voulait livrer d'un seul coup l'intégralité de l'objet offert, et que les deux acceptations comprennent cette intégralité. Non, au contraire, si l'objet

¹ Valéry, *loc. citat.* § 116.

² Voir la sous-section précédente, §§ 12 et suiv.

était indivisible « ou même seulement indivis, » et que les deux acceptations n'en comportent qu'une partie; non, encore, « si l'offre est faite sous la condition de la solidarité de la part de ceux auxquels elle s'adresse, ou sous quelque condition semblable ¹. » C'est donc encore une question de fait.

§ 5. — 3° *Conformité quant aux conditions du contrat.*
— Si la proposition était pure et simple, et que l'acceptation renfermât un terme ou une condition, il est évident que le contrat n'a pu se conclure. « Celui qui n'accepte que sous certaines restrictions refuse, en réalité, l'offre qui lui est faite, » dit M. Girault ². « L'acceptation sous certaines conditions ou réserves, dit encore le Code de commerce allemand ³, équivaut au refus de l'offre joint à une offre nouvelle. » Si, en effet, l'acceptation modifie les termes ou conditions de la proposition première, elle se substitue à elle, et acquiert le caractère de contre-proposition; le premier contrat est abandonné, et c'est un contrat nouveau qu'on propose ⁴.

Si je vous offre mon cheval pour 1,000 fr. et que vous l'acceptiez pour 900, il n'y a pas de contrat formé. Au reçu de votre lettre je suis dégagé; je puis accepter votre nouvelle proposition, mais je puis aussi m'adresser à un autre ⁵.

¹ Demolombe, *loc. citat.* § 48; — *sic* Guillouard, *Vente*, t. I, § 43.

² A. Girault, *Contrats par correspondance*, § 123.

³ Art. 322 — *sic*, art. 88 du projet de Code civil allemand, et art. 37 du Code de commerce italien.

⁴ Amiens, 11 mai 1854 (D. 59, 2, 147); — Toulouse, 26 mai 1884 (G. P. 84, 2, suppl. 80); — *sic* Demolombe, *loc. citat.* § 53; — Valéry, *loc. citat.* § 104.

⁵ Guillouard, *loc. citat.* § 43.

Mais si j'ai répondu que je l'achetais pour 1,100 fr., le contrat est-il formé? Et s'il l'est, quel prix doit être payé? Nous faisons une distinction : le désaccord qui se produit entre l'offre et son acceptation est-il le fait *volontaire* de l'acceptant? Il n'y a pas contrat; l'augmentation du prix de vente dans l'acceptation transforme celle-ci en une proposition nouvelle. Le désaccord est-il *involontaire*? Il provient, par exemple, d'une erreur? Le contrat se forme, et c'est la plus petite somme qui devra être payée; en effet, c'est sur 1,000 fr., dans notre espèce, que s'est produit le concours des volontés, car l'acceptant qui, par erreur, consentait à payer 1,100 fr. mon cheval, eût vraisemblablement consenti à ne le payer que 1,000 fr. Le principe que nous venons d'établir repose donc sur l'intention présumée des parties, question de fait, laissée dans tous les cas à l'appréciation du juge. Cette dernière hypothèse est surtout théorique; en réalité, la difficulté ne naît guère qu'au cas où les propositions se croisent en cours de route. Nous examinerons plus loin cette question.

§ 6. — 4° *Conformité quant à l'objet du contrat.* — Le principe est que la conformité doit porter :

- a. Sur la nature de l'objet offert;
- b. Sur l'étendue de la proposition;
- c. Sur la quantité proposée.

a. — *Sur la nature de l'objet.* — Je vous offre de vous vendre mon cheval et vous acceptez; mais c'est à mon cheval de selle que je songeais, tandis que c'est mon cheval de voiture que vous vouliez acheter. Aucun contrat n'a pu se former. « *Si de alia re stipulator senserit, de alia promissor, nulla contrahitur obligatio* ¹. »

¹ Instit., § 23, *De inutil. stipul.* — Voir en ce sens : Demolombe, *loc. citat.* § 49.

b. — *Sur l'étendue de la proposition.* — Je vous propose à la fois plusieurs choses de même espèce, ou tout un lot d'objets divers; vous n'en acceptez que quelques-uns. Le contrat se forme-t-il pour partie? Oui, si l'offre porte séparément sur chaque objet; car il y a en ce cas autant de propositions distinctes que d'objets différents: « *Tot esse stipulationes quot res,* » disait Ulpien. Non, si dans l'intention de l'offrant, les divers objets offerts ne formaient qu'un seul tout indivisible¹. Donc, ici encore, une question de fait. Les termes de la lettre d'offre, la nature des objets offerts, la qualité du proposant seront les principaux éléments d'appréciation.

c. — *Sur la quantité proposée.* — Il peut y avoir désaccord sur la quantité dans les cinq hypothèses suivantes :

Je vous offre de vous prêter 100 fr., et vous acceptez pour 150 fr.

Je vous offre de vous prêter 100 fr., et vous acceptez pour 50 fr.

Je vous demande à vous emprunter 100 fr., et vous acceptez pour 150 fr.

Je vous demande à vous emprunter 100 fr., et vous acceptez pour 50 fr.

Je vous fais cette offre : *Decem aut quindecim dabis?* vous répondez : *Decem.*

Nous avons choisi l'exemple d'un prêt, mais la question se pose relativement à tous les contrats. Ainsi pour la vente : je vous demande à vous acheter cent barriques de vin, et vous acceptez de m'en livrer cent cinquante....., etc.

Dans les quatre premières hypothèses, la difficulté

¹ Demolombe, *loc. citat.* § 50.

vient de ce que l'on peut se demander si le concours des volontés ne s'est pas produit jusqu'à concurrence de la plus petite somme. Le plus, en effet, n'est-il pas contenu dans le moins? Je vous offre cent et vous acceptez cent cinquante, n'acceptez-vous pas cent par là même? Je vous offre cent et vous acceptez cinquante; mais en me proposant cent ne me proposiez-vous pas cinquante *a fortiori*?

« Je demande, dit Toullier, que vous me prêtiez 10,000 fr.; vous m'offrez de m'en prêter 20,000; point de consentement si je ne manifeste la volonté d'accepter 20,000 fr., parce que vous avez pu avoir des raisons de ne pas séparer vos fonds. De même je demande que vous me prêtiez 20,000 fr.; vous m'offrez de me prêter 10,000 fr.; point encore de consentement, parce que je puis avoir intérêt à ne pas emprunter par petites sommes, afin de n'avoir pas plusieurs créanciers. » « Il ne s'agit pas de savoir si le plus contient le moins....., dit encore M. Larombière ¹, mais si celui qui veut plus, veut moins; si celui qui veut une chose dans une certaine mesure, veut également cette chose dans une mesure moindre et par conséquent autre. » La question, en effet, n'est pas de chercher, comme le faisaient les jurisconsultes romains, si d'une façon absolue on doit considérer le moins comme contenu dans le plus, mais bien s'il en est ainsi dans la pensée de l'offrant. Tantôt la somme offerte ou demandée ne sera qu'un maximum, n'ayant aucun caractère obligatoire, et dans les limites duquel la demande d'emprunt ou l'acceptation du prêt pourra se mouvoir. Tantôt, au contraire, la somme offerte ou demandée sera exactement celle qu'on veut

¹ Larombière, *Traité des obligations*, t. I, art. 1101, § 10.

prêter ou emprunter, parce que, désirant n'avoir qu'un seul créancier ou qu'un seul débiteur, on en fait dans sa pensée un tout indivisible. Dans le premier cas, le contrat se formera jusqu'à concurrence de la plus petite somme; dans le second, il n'y aura pas de contrat. C'est toujours une question d'intention. Mais, si les éléments d'interprétation font défaut, il faudra admettre la non-conclusion du contrat, parce que le désaccord entre l'offre et l'acceptation, quoique portant en apparence sur la quantité, porte en réalité sur l'objet même de la convention ¹.

Nous ajoutons que, si le défaut de concordance n'est que le résultat d'une erreur matérielle, cette erreur, en principe, ne vicie pas le consentement. Si elle est de telle nature que l'offrant n'a pas pu douter, malgré le désaccord apparent, que son offre n'était acceptée, la jurisprudence déclare le contrat inattaquable ².

Quant à la proposition : *decem aut quindecim dabis*, elle contient une alternative. La réponse *decem dabo* est en réalité concordante à l'offre, puisqu'elle concorde avec l'un des deux termes de l'alternative que contenait l'offre. Le concours des volontés se forme sur la somme choisie par l'acceptant, que ce soit la plus petite ou la plus élevée, et le contrat naît, ayant cette somme pour objet ³.

§ 7. — *Propositions qui se croisent*. — Nous avons vu que le désaccord, entre l'offre et son acceptation, pou-

¹ Voir en ce sens : Larombière, *loc. citat.*; — Demolombe, *loc. citat.* § 51; — Massé, *Droit commercial*, t. III, 1456; — Laurent, t. XV, § 471.

² Cassation, 5 décembre 1874. (D. 77, 1, 79)

³ Massé, *loc. citat.*

vait résulter d'un fait intentionnel ou d'une erreur matérielle ; il peut encore avoir pour cause *le hasard*.

Voici comment la chose peut se produire : on sait que la proposition émane indifféremment de l'un ou de l'autre des futurs cocontractants. Or, à un même instant, Paul de Bordeaux peut écrire à Pierre de Paris, pour lui offrir dix barriques de vin à 1,000 fr. la pièce ; et Pierre écrire à Paul, pour lui demander à acheter la même quantité de vin et au même prix. Les deux lettres se croisent en cours de route, et arrivent à peu près en même temps chez leurs deux destinataires, le contrat est-il formé ? Et si l'on admet l'affirmative, où et quand se forme-t-il, dans le cas où les deux propositions n'arriveraient pas au même instant chez leurs destinataires ?

M. Larombière ¹ croit que la convention n'est pas formée par ce fait seul que les deux propositions sont arrivées chez leurs destinataires, et qu'elle ne le sera « que lorsque l'un de nous, en réponse à la proposition de l'autre, aura fait connaître son intention. » Voici les raisons sur lesquelles il s'appuie : « Nous croyons que ces deux propositions ne peuvent former une vente. Il leur manque, en effet, ce qu'il faut pour former une convention, la corrélation, l'accord, le concours des intentions..... Comme elles sont solitaires et indépendantes, qu'elles ne sont pas mises dans des rapports de demande et de réponse, d'offre et d'acceptation, il n'y a pas de *consensus in idem placitum* ; il n'y a pas ce rendez-vous précisément donné et accepté. » Ces arguments se réduisent à deux : 1° le concours des volontés doit être intentionnel ; il ne peut résulter que

¹ *Loc. citat.*

d'une acceptation qui vient en connaissance de cause se joindre à une offre faite. Or, dans l'hypothèse des propositions qui se croisent, le concours des volontés est fortuit; c'est le hasard qui l'établit; 2° c'est la volonté des parties qui détermine le rôle que chacune d'elles doit jouer dans le contrat, rôle qui est important puisqu'il peut modifier la compétence normale attribuée au *forum rei*. Or, dans notre hypothèse, c'est le hasard qui, choisissant entre les deux proposants, donnerait à l'un la qualité d'acceptant, malgré sa volonté.

Nous croyons, au contraire, avec la majorité des auteurs¹, que la convention se forme, puisque le concours des volontés se produit. Mais, avant d'entrer dans la discussion, nous rappelons que pour nous une volonté n'acquiert une existence juridique, que quand elle est connue de celui à qui elle s'adresse, et dès lors que le concours des volontés ne se produit que par la connaissance réciproque de ces volontés. Cette observation va nous permettre de justifier facilement notre avis.

On nous objecte que c'est le hasard qui produit la rencontre des volontés. Ce n'est pas tout à fait exact. Le hasard ne fait pas naître le concours des volontés; son influence ne s'exerce, au cas de propositions qui se croisent, que sur l'instant de la rencontre: Paul voulait vendre et Pierre voulait acheter; or, à un moment donné, Paul a connu la volonté de Pierre et Pierre celle de Paul; le concours s'est donc produit, seulement il s'est produit avant l'époque normale. Pour ceux qui admettent que la coexistence des volontés suffit à engen-

¹ Voir en ce sens: Massé, *Droit commercial*, loc. citat; — A. Girault, § 124; — Darquer, p. 52; — Cousin, *Des contrats entre absents* (thèse), p. 166; — Valéry, §§ 216 et suiv.

drer le contrat, en dehors de toute rencontre, de toute connaissance réciproque de ces volontés, la question se pose d'une façon moins nette. En effet, pour eux, le contrat est conclu « dès que la lettre expédiée la dernière est partie ¹ ». Il en résulte que la convention se forme à un moment où aucune des deux parties ne connaît l'intention de l'autre, c'est-à-dire à l'insu des deux contractants. Dans ce système, il est donc vrai de dire que le concours des volontés est l'œuvre du hasard ; et c'est cette idée, croyons-nous, qui a inspiré à M. Larombière une théorie tout opposée. Le savant auteur a préféré nier l'existence du contrat dans tous les cas, plutôt que d'admettre sa formation malgré l'ignorance des cocontractants. Pour nous, le hasard n'influe que sur l'instant où se produit le concours des volontés.

La première objection étant ainsi restreinte, il devient facile d'y répondre. Peu importe l'instant où se forme le concours, peu importe que l'offre et l'acceptation soient contemporaines. Notre législation s'est débarrassée des entraves du formalisme ; elle veut que les volontés se manifestent et se rencontrent, mais elle n'exige pas que l'une précède l'autre, et que l'acceptation ne vienne se joindre qu'à une offre préexistante. Les deux volontés s'expriment, prennent connaissance l'une de l'autre ; cela suffit.

Reste la deuxième objection. Chacun des proposants peut tenir à sa qualité de proposant et ne plus vouloir le contrat si le hasard, en faisant arriver sa lettre la dernière, lui a donné le rôle d'acceptant. Cette objection est plus sérieuse. La question de compétence qui en résulte peut en effet entrer en ligne de compte.

¹ Valéry, *loc. citat.*, § 221 *in fine*.

Mais je ne crois pas que cette raison soit suffisante pour faire écarter les principes, et admettre que, malgré le concours des volontés, il n'y a pas de contrat. Le but que chaque partie se propose me semble être plutôt le contrat lui-même que le rôle qu'elle doit y jouer. Tous les jours une personne fait une offre que son destinataire modifie, et que le premier proposant accepte ensuite si la modification est peu importante, ce qui intervient aussi les rôles des parties.

Quant au moment où se forme le contrat, il ne peut être, d'après nous, que celui où la lettre de proposition la plus tardive arrive à la connaissance de son destinataire, car c'est à ce moment seulement qu'il y aura rencontre et connaissance réciproque des volontés. Donc, si l'offre d'acheter arrive la première, le vendeur pourra encore rétracter son offre de vendre, à la condition que sa rétractation arrive avant ou en même temps que son offre.

La qualité d'offrant appartiendra, d'après nous, à celui dont la proposition arrivera la première à destination ; la qualité d'acceptant, à celui dont la proposition sera connue la dernière. C'est là un inconvénient, et c'est, en pratique, un point qui sera souvent très difficile à établir ; mais la rigueur des principes conduit forcément à cette solution ; le législateur seul pourrait en indiquer une autre plus équitable.

Enfin, dans l'hypothèse théorique où les deux propositions arrivent et sont connues au même instant, le contrat se forme à cet instant. Dans l'impossibilité où l'on se trouve alors de donner la qualité de pollicitant à l'un plutôt qu'à l'autre, tous deux étant dans une situation aussi intéressante, nous croyons qu'il faut leur laisser à tous deux cette qualité, et considérer le con-

trat comme s'étant formé aux deux endroits à la fois ¹.

§ 8. — Nous avons supposé, jusqu'à présent, que les deux propositions qui se croisent sont concordantes. Qu'arrivera-t-il si elles diffèrent sur quelque point ?

Il faut faire ici les mêmes distinctions que nous avons faites précédemment. Le cas le plus délicat est celui où le désaccord, entre les deux propositions, ne porte que sur une quantité, l'accord étant complet sur les autres points.

Nous distinguons alors si le désaccord sur la quantité touche ou non à l'objet du contrat ; en d'autres termes s'il y a désaccord sur l'objet même de la convention, ou seulement sur une condition de cette convention.

Vous me proposiez cent pièces de vin à 1,000 fr. la pièce. Je vous demandais cinquante pièces de vin à 1,000 fr. l'une. Nos lettres se croisent. En principe le contrat ne se forme pas, parce que ce n'est pas le même objet que je vous ai demandé et que vous m'avez offert ; car vous pouviez vouloir vendre toute votre récolte à un seul individu. Il n'en serait autrement que si les termes de votre proposition permettaient des acceptations partielles ².

Vous me proposiez cent pièces de vin à 1,000 fr. la pièce. Je vous demandais cent pièces de vin à 1,100 fr. l'une. Nos lettres se croisent. Si, par hypothèse, c'était bien le même vin que nous avons en vue tous les deux, le contrat se forme et je vous devrai 100,000 fr. seule-

¹ Voir Valéry, *loc. citat.* § 222, p. 205.

² Voir en ce sens : Massé, *Droit commercial, loc. citat.* ; — Valéry, § 224.

ment. En effet il y a, sans aucun doute, concours des volontés sur les cent pièces, et concours aussi sur le prix de 1,000 fr. En consentant à vous payer ce vin 1,100 fr. la pièce, je consentais par là même à ne vous le payer que 1,000 fr. Ce qui distingue cette hypothèse de la précédente, et force à admettre un système différent, c'est qu'ici il y a concordance des propositions sur l'objet du contrat, et que le désaccord ne porte que sur une condition de ce contrat ¹.

Toutefois, M. Girault pense que « le contrat se forme pour le prix porté dans la lettre qui a été lue la première ² ». Cela tient à ce que M. Girault place la formation du contrat, au cas de croisement des propositions, au moment même où cette première lettre est lue ³. Voici son raisonnement : Si l'on admet que l'acheteur, qui consent à payer 1,100 fr. (dans notre espèce), consent par là même à ne payer que 1,000 fr. ; on peut tout aussi bien faire le raisonnement inverse, et dire que, si le vendeur consent à recevoir 1,000 fr., il consent *a fortiori* à en recevoir 1,100. Il n'y a pas de motif pour faire un raisonnement plutôt que l'autre, ni pour favoriser plutôt l'acheteur que le vendeur ; aussi décide-t-il que le prix à payer sera celui porté dans la lettre qui est lue la première, parce que « c'est l'offre acceptée la première qui devient le contrat. » Pour nous, la convention ne se forme qu'à l'instant où est lue la lettre arrivée la dernière ; mais nous pensons que le prix à payer sera toujours de la somme moindre. En effet, comme

¹ Voir en ce sens : Massé, *loc. citat.* ; Darquer, pp. 51, 52 ; — Valéry, § 224.

² A. Girault, § 125, p. 183.

³ A. Girault, § 124, p. 180 *in fine*.

l'a fort bien fait remarquer M. Valéry¹, la solution admise par M. Girault semble en contradiction avec l'article 1162 du Code civil d'après lequel, en cas de doute, la convention s'interprète « contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ».

§ 9. — L'offre et l'acceptation qui en est faite doivent donc être concordantes. Pourtant il ne faut rien exagérer : si l'accord des propositions s'applique sans aucun doute à l'esprit de ces propositions, il ne s'applique pas à leur lettre. Aucune forme spéciale n'est exigée ; quelque apparence qu'elle affecte, quels que soient les termes qui l'expriment, toute acceptation pure et simple suffit à parfaire le contrat².

§ 10. — Ceci nous amène à parler des *formes que peut revêtir l'acceptation*. — Elle peut être *expresse* ou *tacite*.

Acceptation expresse. — Elle peut, en principe, se produire de toutes façons. Pour les contrats par correspondance, la forme normale est la lettre, le télégramme ou la correspondance téléphonique.

— Nous faisons une seule remarque, c'est qu'elle doit, dans tous les cas, être adressée à l'auteur même de l'offre ou à son représentant. Une acceptation déclarée à un parent, un ami, au notaire du proposant ne paraîtrait pas le contrat, même si ces personnes la lui transmettaient. Il n'en serait autrement que si l'acceptant les en avait formellement chargées, auquel cas elles deviendraient son mandataire ou son *nuntius*, et le

¹ P. 207, note 1.

² Lyon, 13 mai 1885 (G. P. 85, 2, s. 32).

contrat naîtrait dès qu'elles auraient exécuté leur mission.

§ 11. — *Acceptation tacite.* — Elle peut aussi être tacite. Le Code civil nous en montre un exemple dans son article 1985 (al. 2) : « L'acceptation du mandat peut n'être que tacite, et résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire. » C'est là une acceptation tacite par exécution.

Mais, dans tous les cas, l'acceptation tacite suppose l'existence d'un fait volontaire de la part de son auteur, et qui rend évidente sa volonté d'accepter. Nous reviendrons plus loin sur la question de savoir si elle ne peut pas parfois s'induire du seul silence.

Voici quelques exemples d'acceptation tacite. Je reçois à titre d'échantillon un objet portant indication de son prix de vente; par mandat-poste, j'envoie à son propriétaire le prix demandé. De même, j'appose mon nom et mon adresse à la suite d'une liste de souscription à un nouvel ouvrage de librairie.

§ 12. — Un cas plus intéressant est celui d'acceptation tacite par exécution. Nous avons dit que le Code civil l'avait formellement autorisée pour le mandat. On l'a étendue avec raison à tous les contrats consensuels¹. L'exécution de l'obligation n'est-elle pas, en effet, la forme la plus évidente qu'une volonté puisse revêtir pour se manifester ! Vous me demandez 100 sacs de riz, et je les mets au chemin de fer à votre adresse; vous me proposez de me louer un appartement à raison de 2,000 fr. par an, et j'y fais de suite porter mon mobilier;

¹ Cassation, 15 avril 1874 (D. 75, 1, 356); Cassation, 13 mars 1878 (D. 78, 2, 113); Cassation, 8 février 1882 (G. P. 82, 2, 137).

vous m'offrez de me confier les réparations à faire à votre maison, et je me mets immédiatement à la besogne. N'y a-t-il pas, dans tous ces cas, une acceptation évidente ? il y a même plus qu'une acceptation, il y a commencement d'exécution du contrat. Nous ne rencontrons pas, à la vérité, une acceptation qui s'exprime formellement ; mais nous trouvons l'accomplissement d'actes volontaires qui ne peuvent s'expliquer autrement que par l'intention d'accepter. « L'accomplissement des conditions posées dans une offre, dit le Code de New-York ¹, équivaut à une acceptation.. »

Cette question de l'acceptation par exécution soulève plusieurs difficultés : d'abord une difficulté pratique ; dans quel acte d'exécution peut-on voir une manifestation suffisante de la volonté d'accepter ? Puis une question de droit ; à quelles conditions cet acte acquerra-t-il la valeur d'une acceptation juridique, et dès lors à quel moment se formera le contrat ?

Tout d'abord, quand le commencement d'exécution vaut-il manifestation de la volonté d'accepter ? C'est là évidemment une question de fait qu'il appartient aux tribunaux de résoudre. Nous croyons qu'on ne doit pas se montrer trop large sur ce point ; nous appliquerons donc ici le principe que nous avons posé à propos de la manifestation de volonté en général, c'est-à-dire que nous exigerons dans tous les cas *un dessaisissement*. Je demande à Paul de Bordeaux, de m'envoyer 10 barriques de vin à 1,000 fr. l'une. Au reçu de ma lettre, Paul fait mettre de côté dans sa cave, les barriques qu'il me destine. Il y a bien là un acte d'exécution, mais un acte insuffisant. Paul est resté aussi maître de

¹ Art. 566.

sa volonté que s'il l'avait exprimée dans une lettre, et qu'il eût encore cette lettre entre les mains. Il peut l'anéantir, dans le premier cas en confondant avec les autres les 10 barriques qu'il avait choisies, dans le deuxième en déchirant la lettre qu'il avait écrite, et cela à l'insu de tous.

Mais Paul fait un nouveau pas dans la voie de l'exécution du contrat; il confie les 10 barriques qu'il me destine à l'agent de transport chargé de me les faire parvenir. Il y a dessaisissement et manifestation extérieure de la volonté d'accepter. Alors se pose la seconde question : cette manifestation de volonté vaut-elle acceptation, et dès lors le contrat se forme-t-il à ce moment même?

Pour ceux qui n'exigent, pour la formation du contrat, que la coexistence des volontés, la réponse est facile. Dès que l'acte d'exécution exprime d'une façon suffisamment claire l'intention d'accepter, l'acceptation existe, et le *vinculum juris* est formé.

Mais pour nous, la coexistence des volontés est insuffisante; il faut, de plus, la rencontre de ces volontés et leur connaissance réciproque. Nous pensons, on l'a vu plus haut, que la convention ne naît que quand l'acceptation est connue du pollicitant, parce que toute proposition est relative et n'existe que par rapport à celui à qui elle est adressée. Or nous appliquons cette règle sous quelque forme d'ailleurs que se présente l'acceptation.

Nous assimilons donc l'exécution à la réponse. Par conséquent, dans l'exemple que nous avons choisi, le contrat ne sera formé que quand les marchandises expédiées par Paul seront arrivées chez moi, et que j'en

aurai pris livraison, ou du moins que lorsque j'aurai eu connaissance de leur expédition.

Ce système découle nécessairement de la conception que nous nous sommes faite sur la manifestation des volontés. Malheureusement il entraîne, surtout au point de vue des besoins du commerce, des conséquences fâcheuses, nous ne nous le dissimulons pas. Si le contrat ne se forme, au cas d'acceptation par exécution, que lorsque le proposant reçoit la marchandise expédiée, il en résulte que jusque-là le proposant peut se rétracter, même par simple caprice. Donc l'acceptant qui, pour satisfaire plus vite l'offre qui lui a été faite, ne prend pas le temps de l'accepter, mais l'exécute immédiatement, sera plus exposé que celui qui, plus défiant, a pris soin de rendre tout d'abord le contrat irrévocable, en faisant connaître son acceptation avant de commencer toute exécution. Toutefois, on a beaucoup exagéré les inconvénients de notre système ; il en présente de réels, mais il est bon de les restreindre à leur juste limite.

M. Aubert ¹ a prétendu que les partisans de l'*information* ² ne peuvent jamais admettre une acceptation tacite, « puisqu'ils exigent que la réponse de l'acceptant soit parvenue à l'offrant. Il faudra donc toujours que l'acceptant ait donné sa réponse, et l'ait donnée formellement. » C'est là une accusation purement gratuite, nous l'avons vu, et une erreur qui repose sur une mauvaise interprétation du mot « tacite. » Ce qui fait qu'une

¹ *Des contrats par correspondance* (thèse), p. 140.

² C'est le nom qu'on donne à notre système, en vertu duquel le contrat ne se forme que quand le proposant prend connaissance de l'acceptation.

volonté est tacite, c'est qu'elle ne s'exprime pas formellement, c'est qu'il faut l'induire de circonstances extérieures. Mais il n'est pas nécessaire qu'elle soit ignorée.

On nous objecte que notre système conduit à une conséquence inadmissible : l'acceptant qui, pour toute réponse à l'offre faite, exécute cette offre, pourra se voir retourner les marchandises qu'il a expédiées et que le proposant a refusées. Il aura ainsi à sa charge les frais d'aller et de retour de ces marchandises, sans compter les autres préjudices que la non-réalisation du marché lui peut faire subir. — Cela n'est pas exact. Il faut bien remarquer que le droit de rétractation du proposant n'est pas illimité. Pour que la révocation de l'offre soit valable, il faut que cette révocation parvienne à la connaissance de l'acceptant, avant que l'acceptation soit connue du proposant; car la révocation, nous l'avons dit, n'est qu'une volonté nouvelle, et comme telle n'existe que quand elle est connue. Donc, si les marchandises expédiées arrivent chez l'offrant avant que sa rétractation soit connue de l'expéditeur, le contrat est parfait. Par contre, si la rétractation de l'offre est arrivée la première, le contrat ne se peut former, mais nous savons qu'une rétractation qui cause un préjudice oblige son auteur à le réparer. Enfin, si l'expédition des marchandises demandées est connue du demandeur avant leur arrivée chez lui, par exemple si l'expéditeur lui envoie immédiatement la lettre d'expédition, et qu'elle lui parvienne avant les marchandises, le contrat se forme dès l'instant de cette connaissance, et le refus des marchandises devient impossible.

La portée de notre principe étant ainsi restreinte, on voit que celui qui accepte, en exécutant, n'est pas aban-

donné à la merci du proposant. S'il prend la précaution d'envoyer la lettre d'expédition en même temps qu'il fait cette expédition (ce qui, par parenthèse, n'enlève pas à l'acceptation son caractère d'acceptation tacite), ou s'il annonce l'expédition par dépêche, il se met à peu près à l'abri de toute surprise. En tous cas, il peut toujours se faire dédommager des pertes qu'il a subies, au cas de rétractation inopportune de l'offre. Il n'y a donc guère qu'un cas où notre système peut entraîner une conséquence fâcheuse pour l'expéditeur. C'est quand l'offre proposait un contrat qui ne devait s'exécuter qu'après un certain délai. Par exemple, je vous écris : « Pourrez-vous me livrer dix barriques de Bordeaux, telle qualité, à tel prix, pour le premier du mois prochain ? » Vous ne répondez pas à mon offre, mais vous expédiez à la date fixée ¹. Il faut avouer qu'il y a là une négligence véritable de la part de l'acceptant. En fixant un délai pour l'expédition des marchandises, je montrerais bien que j'en avais besoin pour l'époque indiquée, et par là même que je voulais savoir, avant cette époque, si je pourrais ou non compter sur l'exécution du marché. Aussi je pense que l'expédition des marchandises, même faite dans le délai prescrit, n'est qu'une acceptation tardive, et dès lors qu'elle ne parfait pas le contrat. Donc, le proposant pourra refuser la livraison de ces marchandises, et cela sans avoir rétracté son offre, et sans devenir, de ce chef, passible d'aucuns dommages-intérêts envers l'expéditeur.

Nous ajoutons que c'est surtout en matière commer-

¹ J'ai dit : « à la date fixée, » car l'exécution n'étant qu'un mode d'acceptation, il est évident que si la proposition fixe un délai pour l'acceptation, l'exécution devra se produire dans ce délai pour que le contrat prenne naissance.

ciale que de semblables questions se posent ; or, en cette matière, l'existence de relations d'affaires entre les parties fera la plupart du temps cesser toute difficulté, et empêchera les conséquences fâcheuses de notre système.

Enfin, nous le savons, la prétendue offre de contracter a souvent le caractère d'une acceptation véritable. J'ai lu dans les annonces des journaux, sur un prospectus, à l'étalage d'un magasin, que vous aviez à vendre tel objet à tel prix. Je vous écris pour vous demander de m'envoyer cet objet. C'est ma proposition qui parfera le contrat quand elle sera connue de vous, et non l'expédition que vous me ferez.

Les reproches qu'on nous adresse se bornent donc à ceci : laisser parfois, et pendant un temps assez court, l'acceptant dans l'incertitude sur le sort du contrat qu'il n'a accepté qu'en l'exécutant. Cet inconvénient, réel nous l'avouons, est pourtant assez peu grave, puisque l'acceptant a le moyen d'y remédier. D'ailleurs, fût-il plus considérable, qu'il ne nous paraîtrait pas une raison suffisante pour faire abstraction des vrais principes. Puis nous pourrions répondre que le système adverse entraîne des inconvénients tout aussi graves, sinon plus (nous les verrons plus tard) ; quand ce ne serait que de refuser à l'acceptant, dans tous les cas, le droit de se rétracter, même quand son acceptation est encore inconnue de l'offrant, et quelques motifs qu'il puisse invoquer.

§ 13. — *Silence de l'acceptant.* — Nous avons supposé, jusqu'ici, que l'acceptant a manifesté sa volonté, sinon d'une façon formelle, du moins par des actes volontaires qui la rendent évidente. Nous allons maintenant

examiner l'hypothèse où le destinataire de l'offre n'a pas répondu à cette offre, n'a exprimé aucune volonté à son sujet.

Son silence vaut-il acceptation ou refus ?

Déjà, en droit romain (nous l'avons vu) on admettait que le silence ne vaut ni adhésion, ni refus. Tous les auteurs, aujourd'hui, sont d'accord sur ce point ¹. « Le consentement est la manifestation d'une volonté, dit M. Massé ²; donc le silence, qui est l'absence de toute manifestation, ne peut être pris comme la manifestation d'une volonté. » « Il ne suffit pas, pour la manifestation du consentement dans les contrats, dit encore M. Demolombe ³, de ne pas dire non, il faut dire oui.... »

La jurisprudence ne met pas en doute la question ⁴.

Il s'agit donc de savoir si le silence, quand il se produit dans certaines circonstances particulières, ne peut pas équivaloir à un consentement, non par lui-même sans doute, mais à raison des circonstances qui l'accompagnent ? Tous les auteurs admettent aujourd'hui l'affirmative ; c'était aussi l'opinion de Bartole. Mais on n'est plus d'accord quand il s'agit de préciser les circonstances qui donnent au silence la valeur d'un consentement.

Voici l'interprétation la plus extensive qu'on ait don-

¹ Voir Lyon-Caen et Renault, *Droit commercial*, t. III, § 46 ; — Guillouard, *Vente*, t. I, § 17 ; — Laurent, t. XV, § 483, etc.

² Massé, *Droit commercial*, t. III, 1461.

³ Demolombe, *loc. citat.* § 57.

⁴ La Cour de Montpellier, en 1818, admit que le silence seul valait acceptation (Dalloz, *Oblig.*, n° 47, 1°). Mais la Cour suprême cassa cet arrêt. Depuis lors, jurisprudence constante : Cassation, 25 mai 1870 (S. 70, 1, 341) ; Cassation, 13 mars 1878 (D. 78, 2, 113) ; Toulouse, 11 juin 1881 (D. 82, 2, 206) ; Cassation, 8 février 1882 (G. P. 82, 2, 137).

née du silence de l'acceptant. — Il vaudrait acceptation :

1° Quand une convention intervenue préalablement entre le proposant et le futur acceptant l'a décidé ainsi ;

2° Quand la loi oblige le destinataire de l'offre à la refuser, s'il ne veut pas du contrat ;

3° En raison des relations antérieures qui existent entre les parties ;

4° Quand l'offre est tout à l'avantage de l'offrant ¹ ;

5° Par suite de la nature même du contrat proposé ² ;

6° Quand celui qui a reçu la proposition est un commerçant, en raison des usages du commerce ³.

§ 14. — En réalité, c'est encore là une question de fait, d'interprétation de volonté. Mais, dans l'inaction même de celui qui aurait dû accepter, je me montrerais aussi peu large que possible. Je crois qu'il ne faut voir un consentement dans le silence, que si aucun doute ne peut naître à cet égard. Je n'admets pas qu'on puisse interpréter ce silence, puisque, par lui-même, il n'a aucune signification ; il faudra donc qu'il existe des circonstances extérieures qui lui donnent une valeur certaine, qui le traduisent clairement.

§ 15. — 1° *Il existe une convention préalable interprétant le silence possible des parties.* — Il est convenu entre nous, que si l'un de nous ne répond pas à un marché que lui propose l'autre, le contrat se formera. Pas de doute évidemment, car de cette convention première résulte, pour chacun de nous, l'obligation de refuser formellement le marché dont il ne veut pas.

¹ Demolombe, *loc. citat.* § 58.

² Valéry, *loc. citat.* §§ 9 et suiv., pp. 92 et suiv.

³ Bédarride, *Des commissionnaires*, n° 10.

§ 16. — 2° *La loi oblige, dans certain cas, le destinataire de l'offre à la refuser, s'il ne veut pas que le contrat se forme.* — Elle interprète donc son silence dans le sens d'un acquiescement. L'article 323 du Code de commerce allemand nous en montre un exemple : « Le mandat donné à un commerçant qui est en relation d'affaires avec le mandant..., est censé accepté, lorsqu'il n'est pas refusé sur-le-champ. » Les articles 1738 et 1776 du Code civil prévoient un cas du même genre. Ces textes traduisent dans le sens d'une acceptation véritable du contrat, la tolérance qu'apporte le bailleur à la continuation d'un état de fait dont il a connaissance. C'est le cas de la tacite reconduction.

Remarquons, qu'en cette hypothèse, l'offre et l'acceptation sont également tacites; l'offre résulte de la continuation de sa possession par le possesseur; l'acceptation du silence, ou mieux de l'inaction du bailleur. Et cette inaction a paru au législateur indiquer si clairement la volonté de son auteur, qu'il en a fait une présomption légale. En effet, l'article 1739 oblige le bailleur, qui veut empêcher le nouveau bail de se former, à signifier un congé au preneur. A défaut de congé signifié, c'est-à-dire si le bailleur garde le silence, il est présumé avoir accepté.

§ 17. — 3° *Il existe entre les parties des relations antérieures d'affaires.* — Ici l'interprétation du silence n'est plus basée sur une convention formelle, ni sur la loi, mais sur des circonstances extérieures qui l'accompagnent, « et lui donnent une couleur », suivant l'expression de M. Massé¹. Ces circonstances consistent dans des

¹ Massé, *loc. citat.* 1462.

relations d'affaires existant entre les parties. — Cette idée est admise par tous les auteurs ¹.

Quant à savoir ce qu'il faut entendre par ces « relations antérieures des parties, » et quelles conditions elles doivent remplir pour donner au silence de l'une d'elles la valeur d'une acceptation, c'est évidemment une question de fait qu'il appartient aux tribunaux de trancher. Ce qu'il faut trouver dans les rapports des parties, c'est, je crois, une certaine continuité qui permette de juger l'avenir d'après la pratique du passé, ou tout au moins un ensemble de marchés passés en commun, et qui a mis les contractants, l'un envers l'autre, en quelque sorte dans les termes d'un mandant et d'un mandataire. Donc, ce fait que les parties ont déjà contracté ensemble, dans une circonstance différente, et il y a longtemps peut-être, n'établirait certainement pas ces relations d'affaires qui donnent naissance à une présomption. Par contre, on pourra voir un acquiescement dans le silence du destinataire, si les parties ont déjà fait plusieurs fois des affaires ensemble et dans des conditions analogues ². Il faut admettre la même idée « quand la lettre qui contient la proposition se rapporte à une affaire pendante entre les deux parties ³. »

§ 18. — Si nous avons admis, dans les trois cas précités, que le silence du destinataire pouvait valoir consentement, cela tient à ce qu'il y avait pour lui obliga-

¹ Guillonard, *loc. citat.* § 17 ; — Ch. Darquer, *loc. citat.* p. 54 ; — A. Girault, *loc. citat.* § 118, p. 169 *in fine* ; — Valéry, *loc. citat.* § 94, p. 95.

² Bordeaux, 3 juin 1867 (D. 67, 2, 166) ; — Montpellier, 3 juillet 1885 (S. 86, 2, 56).

³ Voir Valéry, § 94. — En ce sens : Cassation, 8 février 1882 (G. P. 82, 2, 137).

tion de répondre à la proposition qui lui était adressée. Nous adoptons entièrement la distinction que faisaient Bartole, et après lui M. Massé, « entre le cas où celui qui se tait est tenu de répondre, et celui où il n'y est pas tenu. » Est-il tenu de répondre ? Il est évident que son silence ne peut pas s'interpréter autrement que par une acceptation. N'y est-il pas tenu ? Nous nous refusons absolument à le traduire. En d'autres termes, ces circonstances extérieures qui permettent de faire parler le silence, ne nous paraissent pouvoir résulter que d'une obligation préalable, expressément ou tacitement prise, de répondre à l'offre, au cas où on ne voudrait pas l'accepter. Cette obligation, nous l'avons vu, peut résulter d'une convention formelle passée entre les parties. Elle peut provenir de la loi ; c'est ce qui a lieu quand le législateur oblige le destinataire à se refuser expressément au contrat proposé ; c'est le cas de la tacite reconduction. Enfin elle peut résulter d'une convention tacitement conclue entre les parties ; c'est ce que l'on veut exprimer quand on dit que les relations antérieures des parties peuvent donner au silence de l'une la valeur d'une acceptation. Ce n'est pas le fait seul des relations qui produit ce résultat, c'est la convention tacite que ces relations ont engendrée. Il faut donc que cette convention préalable soit évidente ; que les volontés qui l'ont formée se manifestent clairement, par une pratique constante, des actes répétés.

De ce qui précède il résulte que nous nous refusons à admettre une acceptation tacite, dans toutes les hypothèses autres que les trois précitées.

§ 19. — 4° Faut-il voir, avec M. Demolombe ¹, un ac-

¹ *Loc. citat.*

quiescement dans le silence du destinataire, quand « *l'offre est exclusivement dans son intérêt et qu'il ne saurait exister, de sa part, aucun motif de refus?* » — Nous ne le pensons pas. Nous rejetons absolument la règle posée par Casaregis ¹ : « *acceptatio contractus lucrativi præsumitur ex sola scientia.* »

Nous remarquons que la question ne se pose qu'en matière de contrats unilatéraux. En effet, en admettant même que le consentement de la partie, envers laquelle est contractée l'obligation, puisse se présumer, celui de la partie qui s'oblige doit toujours être exprimé. On n'est jamais présumé consentir à une charge, ni à l'abandon d'un droit. « *Silentium non producit consensum quando agitur de præjudicio et demissione juris,* » disait Ménochius ². Or, dans les contrats synallagmatiques, chacune des parties s'obligeant envers l'autre, le consentement d'aucune ne peut se présumer. De plus, en matière de contrats unilatéraux, le défaut de réponse à une lettre, par laquelle une personne s'établissait créancière d'une autre, ne peut valoir comme aveu de la dette. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation le 25 mai 1870 ³. La question se réduit donc à ceci : le silence du destinataire de l'offre vaut-il consentement de sa part, lorsque cette offre consiste « en une promesse unilatérale qui doit obliger seulement son auteur, sans qu'aucune obligation corrélatrice doive naître de la convention, à la charge de l'acceptant ⁴ ? »

Nous avons dit que le silence, par lui-même, n'avait

¹ *De commercio*, Disc. 82, n° 56.

² Ménochius, *De præsumptionibus*, XXIX, n° 90.

³ Cassation, 25 mai 1870 (S. 70, 1, 341) ; — *sic* Cassation, 11 janvier 1886 (G. P. 86, 1, 306).

⁴ Valéry, *loc. citat.* § 90, p. 92.

aucune valeur, et qu'il n'en pouvait acquérir une qu'en raison des circonstances qui l'ont entouré. Or ici nous ne voyons aucune circonstance qui permette de l'interpréter. L'offre, il est vrai, est faite dans l'intérêt du destinataire, mais qu'en résulte-t-il ? Quand une proposition nous est très avantageuse, bien loin de laisser planer quelque doute sur notre acquiescement, nous nous empressons de l'accepter. La circonstance que l'offre est faite à l'avantage de son destinataire s'attache à l'offre même, et l'interprétation qu'on donne au silence nous semble être contraire à la réalité. Enfin et surtout, le fait que la proposition vise l'intérêt seul de l'acceptant ne saurait engendrer, pour ce dernier, obligation de répondre au cas où il voudrait la refuser. Or, nous avons admis que le silence du destinataire ne valait acquiescement, que quand il était tenu de répondre à la proposition. Nous repoussons donc l'opinion de M. Demolombe, opinion qui est cependant admise en général ¹.

Nous ajoutons, en faveur de l'idée que nous venons d'émettre, un argument qui nous semble irréfutable. La remise de dette est, par excellence, une offre faite tout dans l'intérêt de son destinataire. Or, la remise de la dette faite, par lettre, par le créancier à son débiteur n'est valable que si ce dernier l'accepte. Cela résulte de l'article 1211, alinéa 3 du Code civil. Cet article, dit M. Duranton ², en établissant que, par la demande formée contre l'un des débiteurs solidaires pour sa part, le créancier ne renonce pas à la solidarité, même à son égard, tant que ce débiteur n'a pas acquiescé à la

¹ Voir en ce sens : Cassation, 15 avril 1874 (D. 75, 1, 356) ; — Orléans, 2 mars 1881 (D. 82, 2, 244).

² T. XII, n° 357.

demande, décide évidemment que la remise faite par le créancier n'a point d'effet tant qu'elle n'est pas acceptée par le débiteur ; en effet, la décharge de la solidarité est une remise qui, si les codébiteurs sont insolvable, libère le débiteur déchargé d'une perte qu'il aurait eu à supporter. Pothier, qui enseignait la même opinion, nous en donne la raison : « les dettes étant contractées par le concours des volontés du créancier et du débiteur, la remise ne peut s'en faire que par un consentement contraire des mêmes parties. » Donc l'acceptation ne se peut induire du seul silence du présumé acceptant, même quand l'offre était toute à son avantage.

Nous avons appliqué, précédemment, cette idée au cas où la lettre d'offre contenait fixation d'un délai d'acceptation. Alors même que ce délai eût été consenti dans l'intérêt exclusif du destinataire, nous refusons de voir dans son silence un consentement.

Mais si une personne se reconnaît, par lettre, débitrice d'une autre en vertu d'un contrat antérieur, il est bien évident que la dette existe, alors même que celui qu'elle établit créancier n'y a pas répondu. Car ici la lettre ne vaut que comme reconnaissance d'une dette préexistante ; elle ne propose aucun contrat.

§ 20. — 5° *La nature même du contrat proposé peut-elle donner au silence la force d'un acquiescement ?* — On l'a soutenu pour les contrats de mandat et de commission, et pour les contrats réels ¹.

Pour le mandat ou la commission, la question se présente d'ordinaire dans l'une des deux hypothèses suivantes : on charge d'un mandat une personne « qui s'est offerte elle-même à l'exécution de mandats du même

¹ Voir Valéry, *loc. citat.* §§ 91, 92.

genre, » et cette personne ne répond pas ; ou bien on confie ce mandat « à un commerçant qui est en relation d'affaires avec le mandant. » Ces deux exemples sont empruntés à l'article 323 du Code de commerce allemand. Dans l'un et l'autre cas, on décide que le silence du mandataire vaut acceptation du mandat, et l'on explique ce résultat par « la nature du contrat » proposé ¹, ou « la profession de celui à qui la lettre est adressée, lorsqu'elle est en rapport direct avec l'objet de la pollicitation ². »

Nous adoptons, au moins en partie, la solution que l'on donne dans ces deux cas ; mais non pour les motifs invoqués. Il y a là une application pure et simple des principes précédemment posés.

Quand on dit que le contrat se forme, malgré le silence du mandataire, lorsque ce mandataire s'était « offert lui-même à l'exécution de mandats du même genre, » ou qu'il avait « l'habitude de se charger de missions semblables, » ce n'est pas parce qu'on interprète son silence dans le sens d'un acquiescement, mais bien parce que l'on considère que ce mandataire n'avait pas à répondre ; car la lettre par laquelle je lui faisais une prétendue proposition de mandat ou de commission n'était, en fait, que l'acceptation du contrat qu'il avait proposé. M. Valéry ³ le dit lui-même : « Le fait d'exercer la profession de mandataire ou de commissionnaire, constitue une sorte d'offre adressée au public. »

Dans la seconde hypothèse, au contraire, il faut inter-

¹ Voir Valéry, *loc. citat.* §§ 90, 91.

² A. Girault, *loc. citat.* § 117, p. 170.

³ *Loc. citat.* § 91.

prêter le silence. Mais ce qui lui donne sa valeur, ce n'est pas la nature du contrat, ce sont les relations antérieures des parties, et l'obligation qui en est résultée, pour le mandataire, de refuser formellement le mandat, s'il ne voulait pas s'en charger.

De tout ceci nous concluons que la nature même du mandat, ou du contrat de commission, ne suffit pas à obliger le mandataire à formuler son refus, et dès lors ne permet pas de voir dans son silence une acceptation. Donc, si une personne charge d'un mandat une autre personne, avec laquelle elle n'est pas en relation d'affaires, et que cette dernière ne réponde pas, le contrat ne se formera pas. Il n'en serait autrement, que si le mandataire pouvait être considéré comme étant en état d'offres véritables à l'égard du public. Enfin, si une personne qui a l'habitude de se charger de certains mandats ou commissions, ne peut être considérée comme étant en état d'offres à l'égard du mandant, le contrat ne se formera pas dans le silence du mandataire.

Quant au point de savoir si celui que l'on charge d'un mandat ou d'une commission était ou non en état d'offres à l'égard du public, c'est là une question de fait. Nous avons posé, en traitant de l'offre, les principes qui permettent de la résoudre. Nous remarquons seulement que c'est à l'égard des personnes dont la profession est garantie par un monopole, comme les agents de change et les avoués, que le cas se présentera le plus ordinairement.

§ 21. — Restent les contrats réels. J'emprunte, afin de montrer comment la question peut se poser, les deux exemples qui suivent à M. Massé ¹.

¹ *Loc. citat.* 1468.

Une personne écrit à une autre pour lui emprunter 1,000 fr. Celle-ci en envoie 2,000. L'emprunteur les reçoit, les garde et ne répond pas.

Un débiteur qui devait envoyer tel objet en gage à son créancier, lui en envoie un autre, et écrit en même temps au créancier pour lui annoncer ce changement. Le créancier conserve la chose sans répondre à la lettre qui l'accompagne.

Le silence de l'emprunteur ou du créancier gagiste vaut-il acceptation de sa part? Oui, si les parties étaient en rapport d'affaires; non, dans le cas contraire. « Il est manifeste dans tous les cas, dit M. Massé, que s'il n'y avait entre les deux parties aucune relation d'affaires qui motivât soit le prêt, soit le gage, celui qui aurait reçu une chose, qui lui aurait été envoyée à titre de prêt ou de gage, ne pourrait être considéré ni comme emprunteur, ni comme gagiste.... » Nous ne voyons pas, dans la nature même de ces contrats, ce qui pourrait obliger le destinataire de l'offre à la refuser formellement. Au cas de prêt, dira-t-on que la proposition du prêteur est tout à l'avantage de l'emprunteur, puisqu'on lui offre plus qu'il ne demandait? C'est inexact, on peut vouloir s'endetter de 1,000 fr. et non du double. D'ailleurs, fût-ce même exact, nous avons refusé en ce cas de voir dans le silence une acceptation. Quant au gage ou au dépôt, le créancier gagiste et le dépositaire contractent certaines obligations touchant l'objet reçu à titre de gage ou en dépôt; or, ces obligations pouvant varier avec l'objet du gage ou du dépôt, on n'a pas le droit de prendre leur silence pour un acquiescement, car nul n'est présumé consentir à une charge.

§ 22. — 6° *Celui qui a reçu la proposition est un commerçant.* — Sa qualité de commerçant suffit-elle à

donner à son silence la valeur d'un consentement ?

« *Mercator recipiens epistolam et ei non contradicens, consetur eam approbare,* » disait Casaregis ¹. C'est aussi l'opinion de M. Bédarride ².

MM. Delamarre et Le Poitvin admettent la même idée : « Tel fait n'engage point selon le droit civil, qui souvent engage dans le droit commercial, beaucoup plus près du droit naturel..... D'ailleurs, c'est une règle universellement suivie par les nations commerçantes, qu'on est tenu de répondre, lorsque la lettre reçue est de nature à faire penser que le silence gardé sur cette lettre peut causer à son auteur quelque préjudice ³. » Et ailleurs ⁴, ces mêmes auteurs invoquent, à l'appui de leur système, cette idée que la loi impose au commerçant l'obligation de tenir une correspondance, et par conséquent de répondre aux lettres qu'il reçoit. Nous nous empressons d'ajouter que cette opinion est en général repoussée aujourd'hui ⁵.

Leur qualité astreint, il est vrai, les commerçants à certaines obligations, que le législateur a établies dans l'intérêt même du commerce. Mais ces obligations sont limitativement fixées par des textes précis, et on ne doit pas les étendre. Or, nous ne trouvons aucun texte qui engage la responsabilité du commerçant, quand celui-ci néglige de répondre à une proposition qui lui est faite. On a cru voir une disposition de cette

¹ Disc. XXX, n° 63.

² *Des commissionnaires*, n° 40.

³ Delamarre et Le Poitvin, *Droit commercial*, t. II, Contrat de commission, n° 160.

⁴ *Idem*, n° 155.

⁵ Massé, *loc. citat.* 1464 et 1474; — Darquer, p. 54 *in fine*;
— Valéry, §§ 97 et suiv

sorte dans l'article 8 *in fine* du Code de commerce, mais cet article n'oblige les commerçants qu'à une chose, à conserver leur correspondance, et non à en tenir une.

On a dit que les usages commerciaux, la rapidité qu'exigent toutes les conventions du commerce, la variation incessante des cours, le désir qu'éprouvait chaque maison de faire le plus d'affaires possible, surtout la solidarité qui existe entre commerçants de même sorte, et même entre toutes les branches du commerce et de l'industrie, faisaient naître une obligation morale, pour chacun, de répondre à toutes les propositions qui lui sont faites¹. En tous cas, cette obligation n'a pas de sanction. Et même si l'on admet que le silence du destinataire de l'offre peut, dans certaines circonstances, être imputé à son dol, et le rendre passible de dommages-intérêts, on ne doit jamais admettre que ce silence vaut acceptation et qu'il parfait le contrat.

« La signification que le silence n'a pas par lui-même en matière civile, il ne l'a pas davantage en matière commerciale. Les choses ne changent pas de nature suivant qu'on les envisage d'un point de vue purement civil, ou du point de vue des nécessités ou des intérêts commerciaux... Seulement, les circonstances, qui peuvent donner au silence une valeur et une signification, se rencontrent plus habituellement dans la vie commerciale que dans la vie civile, » nous dit M. Massé². MM. Lyon-Caen et Renault³ précisent encore davantage cette idée en ajoutant : « C'est surtout entre des commerçants que des relations prolongées existent. » En effet ce qui

¹ Valéry, § 98.

² Massé, *loc. citat.* 1461.

³ Lyon-Caen et Renault, *Droit commercial*, t. III, § 16.

explique l'erreur commise par plusieurs auteurs en cette matière, c'est que le silence des commerçants peut souvent être interprété, parce qu'il existe souvent entre eux des rapports d'affaires préexistants.

§ 23. — En résumé, l'acceptation peut être tacite, c'est-à-dire résulter de faits qui la rendent évidente; mais elle ne peut jamais s'induire du seul silence du présumé acceptant. Exceptionnellement son silence acquerra une valeur juridique, non par lui-même, mais à raison des circonstances dans lesquelles il s'est produit. Enfin, pour nous, ces circonstances consistent uniquement dans ce fait que le destinataire de l'offre était tenu d'y répondre, soit par la loi, soit en vertu d'une convention antérieure, expressément ou tacitement conclue.

Reste à fixer le moment de la formation du contrat, quand il n'y a pas d'acceptation formelle. Voici les solutions auxquelles notre système, en exigeant que le proposant connaisse l'acceptation, nous conduit : l'acceptation est-elle tacite? Le contrat, nous l'avons dit, sera formé dès que le proposant aura connu l'acte de l'acceptant qui manifeste sa volonté, ou le commencement d'exécution suffisant pour être considéré comme tel. L'acceptant n'a-t-il pas répondu, dans un des cas où, en raison de l'obligation où il était de le faire, son silence vaut acquiescement? Le contrat sera formé dès que le délai moral, suffisant pour apporter au proposant le refus du destinataire, se sera écoulé sans que ce refus lui soit parvenu. En effet, à ce moment même il sera vrai de dire que l'offrant connaît la volonté de l'acceptant. Par exemple, il est convenu que, si l'un de nous ne refuse pas par retour du courrier les marchés

que l'autre lui propose, ces marchés seront parfaits. C'est à la réception du courrier de retour, si ce courrier ne contient pas de lettre, que le contrat deviendra parfait, car, à cet instant, le proposant connaîtra aussi bien la volonté de l'acceptant que s'il en avait reçu une acceptation formelle.

Au cas d'acquiescement par silence, nous arrivons donc à la même solution que le système qui se contente de la coexistence des volontés. Car, pour que les volontés coexistent, encore faut-il qu'elles se manifestent. Or, la seule manifestation de volonté que nous rencontrons ici, ce n'est pas le silence évidemment, puisque le silence ne manifeste rien, c'est le silence se prolongeant jusqu'à l'instant où un refus aurait dû se produire, c'est-à-dire jusqu'au moment où le proposant en prend connaissance.

Quand il y a une acceptation tacite, le système adverse place la formation du contrat dès l'instant où l'acte qui la manifeste se produit. Et l'on s'élève vivement contre notre théorie, qui en retarde la conclusion jusqu'à la connaissance du proposant. Un retard, et un retard parfois nuisible aux intérêts commerciaux, c'est vrai, voilà le grand argument qu'on nous objecte. A cet inconvénient réel, nous opposons une grande sécurité dans les affaires ; nous annulons ainsi beaucoup de contrats que nos adversaires considèrent comme parfaits, mais nous évitons beaucoup de malentendus et d'erreurs. Or la sécurité nous semble aussi indispensable dans les affaires que la célérité. La vérité est que chaque système présente ses avantages et ses inconvénients, et que l'on défendra indéfiniment l'un et l'autre, jusqu'à ce que le législateur tranche la question. Et pour cela, le mieux peut-être serait une doctrine mixte, laissant, comme nous, toute

la sécurité avec une plus grande lenteur en matière civile, et sacrifiant quelque peu cette sécurité aux besoins de promptitude que réclament les affaires commerciales.

§ 24. — Il nous reste à examiner une série d'hypothèses, dans lesquelles on peut se demander si le destinataire de la proposition n'est pas tenu, même malgré lui, d'y répondre, s'il veut la refuser? La question se pose lorsque la proposition contient la promesse d'exécuter le contrat, au cas de silence de son destinataire, ou encore, lorsque c'est un acte d'exécution du contrat qui constitue la proposition. On doit répondre que le destinataire de l'offre n'est jamais tenu, sans son consentement, de sortir de son inaction. Nous supposons, bien entendu, dans les divers exemples que nous allons citer, qu'il n'existait entre les parties aucune relation préexistante d'affaires.

Une personne nous fait une proposition par lettre, et elle ajoute : « Au cas de silence de votre part, je vous enverrai l'objet que je vous offre; » ou encore : « Si vous ne me répondez pas dans les huit jours, je vous considérerai comme ayant accepté. » Il ne résulte évidemment de là aucune obligation de répondre pour le destinataire de l'offre, et, en cas de silence de sa part, aucun contrat ne se forme; en effet, aucune convention n'est intervenue entre les parties, et l'une d'elles ne saurait être obligée sans sa volonté. La même solution s'impose si le proposant a pris soin de joindre à sa lettre d'offre un timbre pour la réponse. Dans l'un et l'autre cas, l'envoi de l'objet offert par le proposant, et l'inaction du destinataire à son égard, c'est-à-dire le défaut de renvoi du dit objet, ne suffisent pas à par-

faire le contrat, car le destinataire ne peut pas plus être obligé, malgré lui, à retourner l'objet de la proposition, qu'à répondre à cette proposition.

Souvent l'offre consiste dans l'envoi, par des commerçants, de spécimens de leurs produits, avec indication du prix de vente, et prière, s'ils conviennent, d'en expédier le montant par mandat-poste, ou de les retourner à l'expéditeur, s'ils ne plaisent pas. De là ne résulte, pour le destinataire, aucune espèce d'obligation ; ni obligation de répondre, ni obligation de réexpédier les objets envoyés, ni même obligation d'en prendre soin jusqu'à ce qu'on les réclame.

Le destinataire n'est pas tenu de répondre, cela va de soi ; on ne peut être obligé sans avoir consenti à l'être. Il n'est pas tenu non plus de renvoyer l'objet, même si les frais de transport étaient payés d'avance, ou s'il était prié de l'expédier en port dû ; et cela pour la même raison. Enfin il n'est pas tenu d'en prendre soin, parce que le fait d'avoir l'objet chez lui ne suffit pas à transformer le destinataire de l'offre en dépositaire de la chose offerte ¹. Il doit seulement ne pas se servir de l'objet, et le rendre à son propriétaire, si cet objet existe encore, et dans l'état où il se trouve, lorsque celui-ci vient le lui réclamer ².

La même question se pose en matière d'abonnement à des journaux. Deux cas peuvent se présenter : L'éditeur d'une publication nouvelle envoie de tous côtés des spécimens de son journal, avec cette indication : Si l'exemplaire expédié n'est pas retourné, on servira

¹ Voir Robert, *Des contrats par correspondance*, p. 149 ; — Valéry, *loc. citat.* § 235, p. 218.

² *Sic* Toulouse, 11 janvier 1881 (D. 82, 2, 206).

régulièrement l'abonnement, et on percevra le montant de telle ou telle façon. Ou bien, à la fin d'un abonnement, les derniers journaux ou la bande du dernier numéro déclarent, qu'en cas de silence de l'abonné, on continuera à le considérer comme tel. — Dans la première hypothèse il n'y a aucun doute, le destinataire de la publication n'est pas tenu de répondre¹. L'envoi d'un journal-spécimen doit être assimilé à l'envoi d'un objet quelconque. Si, malgré le silence du destinataire, on lui fait tenir régulièrement le journal, il n'est pas obligé à le réexpédier, mais nous croyons qu'il ne doit pas en user, et qu'il est tenu de rendre, à première réquisition tous les numéros qui lui resteront et dans l'état où ils se trouveront. — La deuxième hypothèse est plus délicate : Le destinataire a déjà été abonné, il a donc été en relations d'affaires avec l'éditeur. Aussi, s'il a consenti une fois à payer les frais d'un abonnement qu'on lui a servi malgré son silence, nous croyons qu'il sera tenu de refuser formellement un nouveau réabonnement. Dans le cas contraire, nous pensons qu'il n'est tenu d'aucune obligation, même pas de dommages-intérêts pour les frais de poste du journal qu'il a négligé de refuser^{2, 3}.

§ 25. — M. Laurent⁴ cite un cas dans lequel on peut se

¹ Girault, *loc. citat.* § 117 *in fine*.

² Voir en ce sens : Douai, 10 mars 1874 (D. 74, 2, 153) ; — Tribunal civil de la Seine, 19 avril 1893 (G. P. 93, 2, 162) ; — Valéry, § 236.

³ M. Girault considère, dans tous les cas, le fait d'avoir été précédemment abonné, comme ayant établi des relations d'affaires suffisantes entre l'éditeur et l'abonné, pour interpréter le silence de ce dernier dans le sens d'un acquiescement ; *loc. citat.* § 118, p. 169 (b) *in fine*.

⁴ Laurent, t. XV, § 473.

demander comment se produit l'acceptation : Je promets une récompense à celui qui trouvera et me remettra une chose que j'ai perdue. « Cette offre est acceptée tacitement par tous ceux qui sont dans le cas de trouver la chose, en ce sens que celui qui la trouvera aura une action contre le maître. » C'est là évidemment un cas d'acceptation tacite ; mais quel est l'acte qui constitue l'acceptation, et à quel moment la convention prend-elle naissance ? Ce point est assez délicat, surtout dans notre système qui refuse d'admettre que le silence de l'acceptant vaut consentement de sa part, même quand l'offre était tout en sa faveur. Nous pensons que l'acceptation ne peut résulter, dans notre espèce, que d'un acte d'exécution, et ce sera le fait même de rechercher l'objet perdu. Quant au contrat, il ne se formera que lorsque le fait de la recherche sera parvenu à la connaissance du proposant. Enfin, si l'objet est retrouvé sans recherche, par une personne qui n'avait pas eu connaissance de la proposition, c'est l'acte de restitution au propriétaire qui vaudra acceptation, et c'est encore au moment de cette restitution que se formera le contrat. C'est particulièrement dans cette espèce qu'il paraît faux de dire qu'une offre, faite à l'avantage d'une personne, doit toujours être réputée acceptée dans son silence. Remarquons, qu'ici, la proposition ne présentera ce caractère que pour la personne qui retrouvera l'objet sans l'avoir cherché ; or, parmi les gens qui auront connaissance de la proposition, combien se promettent de restituer la chose, s'ils la trouvent, mais de refuser la récompense ! Nous concluons que, si le propriétaire de l'objet perdu, après avoir promis une grosse récompense, prévient le public qu'il est décidé à donner moins, celui qui trouvera l'objet n'aura aucune action

pour l'obliger à lui livrer la première somme promise.

§ 26. — *Quand et jusqu'à quel moment peut se produire l'acceptation ?* — L'acceptation peut se produire dès que l'acceptant a connaissance de l'offre, et tant que cette offre subsiste. L'acceptation devient donc impossible :

1° Quand l'offre a été expressément ou tacitement rétractée par son auteur ;

2° Quand elle est tombée par sa mort ou son incapacité ;

3° A l'expiration du délai convenu pour l'acceptation.

Nous ne revenons pas sur ces points que nous avons étudiés, avec détails, en traitant de la durée de l'offre, et des offres faites avec concession de délai ¹. Nous rappelons seulement que la rétractation de l'offre n'existe, pour l'acceptant, que quand il en a pris connaissance, et dès lors, que le contrat se forme, malgré cette rétractation, si l'acceptation a été connue du proposant avant que la rétractation ne le soit de l'acceptant. Le contrat se forme en ce cas quoiqu'en fait l'une des volontés n'existe plus ; c'est l'application du principe posé par Pothier ² : « La volonté est présumée avoir persévéré tant qu'il ne paraît rien de contraire ; » ou, si l'on veut, c'est le résultat de la fiction de continuité qui s'attache à toute volonté exprimée entre absents.

La mort ou la perte de capacité du proposant entraînent l'anéantissement de sa volonté ; elles font donc tomber l'offre qu'il avait faite, et qu'il ne peut plus

¹ Voir la sous-section précédente, §§ 20 et suiv., 27 et suiv.

² Pothier, *Vente*, n° 32.

maintenir, et dès lors rendent toute acceptation de cette offre impossible.

Enfin, au cas où il y a eu concession de délai pour l'acceptation, l'expiration du délai fait tomber *ipso jure* la proposition, annulant ainsi toute acceptation ultérieure. Mais nous rappelons que, pour nous, la convention de délai doit être préalablement acceptée. De plus, il ne suffit pas que l'acceptation du contrat principal soit envoyée dans le délai, il faut que, dans ce délai, elle parvienne à la connaissance du proposant ¹.

§ 27. — *Anéantissement de l'acceptation.* — Logiquement, il semblerait que cette question ne pût se poser, que dans le système qui place la formation du contrat à l'instant seulement où le proposant est avisé de l'acceptation, (système de *l'information*). Le système adverse, (système de la *déclaration*), faisant naître le contrat au moment même où l'acceptation se manifeste, devrait arriver à cette solution absolue : « la révocation de l'acceptation n'est jamais possible ². »

Cette conséquence du système de la déclaration est si rigoureuse, que plusieurs de ses partisans n'ont pas osé aller jusque-là. Ils pensent que l'on doit considérer, comme valable, la révocation de l'acceptation qui arrive avant ou en même temps que cette acceptation ³. Ils arrivent ainsi à adopter exactement la solution à laquelle conduit notre système. Cela tient, quoi qu'on

¹ Voir en ce sens : Lyon-Caen et Renault, *Droit commercial*, t. III, § 21.

² Valéry, § 189.

³ A. Girault, *loc. citat.* § 94, pp. 134, 135 ; — Lyon-Caen et Renault, *loc. citat.* § 27 ; — Serafini, *Le Télégraphe*, § 24.

en ait dit, à ce que l'acceptation est une volonté qui se manifeste, et une volonté de même sorte que l'offre, et dès lors qu'il n'existe aucune raison de placer l'un des contractants dans une situation meilleure que l'autre, tout simplement parce qu'il a pris l'initiative du contrat. Le Code fédéral suisse des obligations, dans son article 7 et le Code de commerce allemand (art. 321 et 320) admettent ce système mixte.

Pour nous, le contrat ne se formant que par la connaissance réciproque des volontés, l'acceptation peut être anéantie tant qu'elle n'est pas connue du proposant ¹.

Nous avons dit : anéantie, et non rétractée, car on ne rétracte que ce qui existe, et nous savons qu'une volonté n'existe que quand elle est connue de celui à qui on l'adresse. Le retrait de l'acceptation empêche donc cette acceptation de se produire, plutôt qu'il ne la révoque. Nous ajoutons que, pour nous, ce n'est pas le fait seul du changement de volonté de l'acceptant qui vaut rétractation de son acceptation, mais bien la prise de connaissance de cette rétractation par le proposant, avant ou au plus tard en même temps que celle de l'acceptation même.

Cependant, MM. Delamare et Le Poitvin, ² pensent que, pour empêcher le contrat de se former, il n'est pas nécessaire que la rétractation de l'acceptation arrive au proposant avant ou en même temps que l'acceptation ; « il suffit, qu'en fait, cette rétractation ait préexisté à mon acceptation parvenue à votre connaissance. »

¹ *Sic* Larombière, t. I, § 21 ; — Bédarride. *Vente*, § 101 ; — Massé, t. III, n° 1453. Etc.

² *Droit commercial*, t. I, § 107.

Cette erreur s'explique facilement : il répugnait à ces auteurs d'admettre la formation d'un contrat auquel, en fait, l'une des parties ne consentait plus. Mais accepter cette idée serait rendre tout contrat entre absents impossible, puisqu'il n'y a qu'entre présents qu'on peut être matériellement sûr, à un instant donné, que toutes les parties sont d'accord.

Enfin la mort de l'acceptant ou son incapacité, survenues avant que son acceptation soit connue du proposant, empêchent le contrat de se former. La mort de l'offrant, survenue avant l'arrivée de l'acceptation, produirait le même résultat, mais pour une autre cause ; ce n'est plus l'acceptation, mais l'offre qui serait révoquée.

SECTION II

Instant et lieu de la formation du contrat par correspondance

§ 1. — Nous sommes arrivés à la plus grosse difficulté que soulève l'étude des contrats par correspondance. Nous avons étudié séparément chacune des volontés des parties, nous avons vu comment et sous quelle forme elle peut s'exprimer. Il nous reste à rechercher *quand* et *dans quel lieu* se produit la rencontre de ces volontés, laquelle engendre le contrat.

Très discutée dans notre ancien droit, cette question l'est plus encore aujourd'hui, et la controverse ne cessera que quand notre législation, à l'exemple de beaucoup de législations étrangères plus récentes, aura pris soin de trancher le débat.

Nous avons déjà dit quelles causes faisaient naître la discussion, nous allons les résumer brièvement.

Entre personnes présentes, la manifestation de sa volonté par l'une des parties, et la prise de connaissance de cette volonté par l'autre, se succèdent sans interruption, ou plus exactement ne font qu'une seule et même chose. Au fur et à mesure que Paul parle, Pierre l'entend, et connaît par là même son intention. Le même instant juridique voit l'acceptation se produire et le contrat se former.

Entre absents, les choses ne se passent plus de la même façon. Un *tractus temporis* plus ou moins long sépare l'expression de chaque volonté, de la prise de connaissance de cette volonté par son destinataire. Entre le moment où Paul écrit sur le papier ce qu'il propose ou ce qu'il accepte, et le moment où Pierre, ayant reçu la lettre ou le télégramme de Paul, en prend lecture, un temps plus ou moins long s'écoule. Or, on conçoit que, dans cet intervalle, la situation des parties, leur capacité, ou même leur volonté, enfin l'état de l'objet du contrat puissent se modifier. Il devient donc nécessaire de savoir à quel instant précis le contrat entre absents doit régulièrement se former, pour voir si, à cet instant toutes les conditions exigées pour sa formation sont rigoureusement remplies.

Les caractères constitutifs du contrat entre absents peuvent se résumer dans ces deux éléments : éloignement matériel des parties; et non-continuité entre les diverses phases de la convention, entre l'expression des volontés des parties; éléments qui résultent de la double notion d'*espace* et de *temps*. Dans l'intervalle qui sépare l'offre de son acceptation, et de la prise de connaissance de cette acceptation, il est nécessaire, nous

l'avons dit, de fixer l'instant précis de la formation du contrat. De plus, les parties habitant deux lieux différents, il est également nécessaire de déterminer quel est celui où naît la convention. La notion de *temps* engendre la question de *l'instant* de la formation du contrat; la notion d'*espace*, celle du *lieu* de cette formation. D'ailleurs, ces deux questions sont intimement liées l'une à l'autre, et ne peuvent être étudiées séparément, car, si l'on admet que le contrat se forme au moment même où l'acceptant se dessaisit de son acceptation, c'est évidemment l'habitat de l'acceptant qui sera le lieu du contrat, et réciproquement ce sera celui du proposant, si l'on exige que celui-ci prenne connaissance de l'acceptation.

§ 2. — Au premier abord, la double question du temps et du lieu où se forme le contrat par correspondance, semble ne présenter qu'une alternative, entre les deux termes de laquelle il est nécessaire d'opter, mais qui ne laissent pas place à une opinion intermédiaire : le contrat doit se former, ou bien au moment même où se produit l'acceptation, et dès lors au domicile de l'acceptant — ou bien seulement quand le proposant prendra connaissance de cette acceptation, donc au domicile du proposant.

Cependant, un examen plus attentif montre que la manifestation d'une volonté n'est pas un acte simple, mais qu'elle comprend, au contraire, toute une suite d'opérations se succédant à des intervalles plus ou moins rapprochés, et dans des lieux plus moins distincts. C'est entre ces moments et ces lieux divers qu'il faut fixer celui qui voit se lier le nœud du contrat. De là la possibilité d'un plus grand nombre de systèmes

que les deux, tout opposés, qui se présentent tout d'abord à l'esprit. On peut les ranger dans les cinq catégories suivantes, en faisant abstraction des variantes apportées à chacun et que nous signalerons en temps et lieu.

Tous ont eu et ont encore des partisans :

1° Théorie de la *déclaration proprement dite* (*Aeusserungstheorie*), d'après laquelle le lien juridique se forme *au moment même de la déclaration d'acceptation*, c'est-à-dire, pour le contrat par correspondance, *au moment où l'acceptant écrit sa lettre ou son télégramme d'acceptation*.

2° Théorie de l'*expédition* ou de l'*émission* (*Uebermittlungstheorie*), qui place la formation du contrat *au moment où l'acceptant se dessaisit de son acceptation*, c'est-à-dire *de la lettre ou du télégramme qui la contient*.

Ces deux premières théories, qui s'appuient sur le même principe, sont rangées sous la dénomination générale de *théorie de la déclaration* ou de l'*agnition*.

3° Théorie de la *réception* (*Empfangstheorie*), d'après laquelle le consentement ne naît qu'*au moment où la lettre d'acceptation arrive chez le proposant*.

4° Théorie de l'*information*, ou de la *rescision*, ou encore de la *recognition* (*Vernehmungstheorie*) qui ne fait naître le contrat qu'*à l'instant où le destinataire de l'acceptation, après avoir reçu la lettre d'acceptation, en prend connaissance*. C'est donc le système le plus lent, si je puis ainsi parler, celui qui recule le plus le moment où se forme le *vinculum juris*.

5° Nous rangeons dans une cinquième catégorie, des théories *mixtes* ou *éclectiques*. Ce sont des théories originales qui, écartant les bases sur lesquelles s'appuient les précédents systèmes, font varier les solutions qu'elles adoptent avec chaque hypothèse particulière, et prennent

pour guide plutôt l'équité que des principes généraux. Nous les étudierons dans un paragraphe spécial.

§ 3. — Chacune de ces théories, on le voit, admet une heure différente pour la conclusion du contrat par correspondance. Quant au *lieu* même de sa formation, les deux premières le placent au domicile de l'acceptant, la troisième et la quatrième à celui du proposant. Toutefois ceci n'est vrai qu'en théorie. Le plus souvent, sans aucun doute, chacune des parties sera demeurée à son domicile pendant tout le temps qu'a duré la conclusion du contrat; aussi le résultat auquel conduisent les deux premiers systèmes proposés, quant au lieu de la formation du contrat, sera le même : que l'on considère ce contrat comme formé au moment de la déclaration d'acceptation, ou seulement au moment du dessaisissement de cette acceptation, ce sera toujours au domicile de l'acceptant, puisqu'on suppose qu'il n'a pas dans l'intervalle quitté son domicile. De même, le temps qui sépare la réception de la lettre d'acceptation de la lecture de cette lettre étant en général très court, les deux actes se produiront le plus souvent dans le même lieu, au domicile du proposant, que l'on adopte d'ailleurs la théorie de la réception ou celle de l'information. Aussi, en raison de se qui se passe le plus ordinairement, et pour simplifier les choses, ne met-on le plus souvent en présence, quant au lieu où se forme le contrat, que les deux termes de cette alternative : domicile de l'acceptant, ou domicile du proposant. Mais, en pratique, les choses ne se passent pas toujours ainsi. Les quatre principaux systèmes qu'a fait naître la controverse placent chacun à un instant différent la formation du contrat; or, on conçoit que les parties ont

pu se trouver, à chacun de ces instants, dans un lieu différent. Quand il en est ainsi, les quatre systèmes aboutissent à des résultats distincts, aussi bien sur la question du lieu que sur celle du temps où naît le contrat. Enfin, il est à peine besoin de faire remarquer que, quand on parle du domicile des parties, c'est aussi en considération de ce qui a lieu le plus ordinairement.

En résumé voici, au point de vue du lieu du contrat, les formules qui résument chaque système :

Système de la déclaration pure : Le contrat est formé dans le lieu où s'est produite l'acceptation, où a été écrite la lettre qui la contient.

Système de l'émission : dans le lieu d'où a été expédiée la réponse affirmative à la lettre d'offre.

Système de la réception : Le contrat est formé dans le lieu où le proposant a reçu l'acceptation.

Système de l'information : dans le lieu où le proposant a pris connaissance du consentement de l'autre partie.

§ 4. — Nous devons faire une remarque préliminaire à la discussion. Quelle que soit la solution que l'on adopte, il y a un point certain, c'est que les parties sont libres de convenir à l'avance du lieu et de l'instant de la formation du contrat. En prévision des difficultés qui naissent sur ce point, et de l'hésitation qui règne encore dans la jurisprudence, elles peuvent parfaitement régler la question entre elles. C'est l'application du principe général que la convention fait la loi des parties, quand cette convention n'a rien de contraire à la loi ni aux bonnes mœurs. Le fait pourra notamment se produire entre industriels habitant des

viles ou même des nations différentes, et étant en relations habituelles d'affaires. Il résulte de là que ce n'est qu'à titre subsidiaire, et en l'absence de toute manifestation de volonté, soit explicite, soit implicite, que l'on devra faire appel à la règle que nous allons essayer d'établir. La première œuvre du juge, chargé de trancher la contestation, sera donc de s'assurer si la question n'était pas résolue par avance, soit dans les préliminaires, soit dans les éléments mêmes de la convention. Ce n'est qu'à défaut de tout renseignement de ce genre qu'il devra en rechercher la solution.

§ 5. — Nous étudierons, dans une première sous-section, l'intérêt que présente la double question du temps et du lieu de la formation du contrat.

Dans une seconde, nous exposerons, avec les arguments qu'elles invoquent, les différentes théories qui ont été proposées.

Dans une troisième, nous examinerons en détail le système de l'information, auquel nous nous rallions entièrement, et qui nous semble être le plus généralement suivi par la jurisprudence française.

Dans une dernière sous-section, nous verrons les conséquences qu'entraîne chaque système, surtout au point de vue de la faculté de rétractation.

SOUS-SECTION PREMIÈRE

INTÉRÊTS DE LA CONTROVERSE

§ 1. — Avant de préciser chacun des points, touchant lesquels la détermination du temps et du lieu de la for-

mation du contrat présente de l'intérêt, nous citerons, malgré sa longueur, une page de M. Serafini ¹, qui fait ressortir d'une façon générale l'importance de la question.

« Titius, de Gênes, offre à Caius, de Paris, la vente en gros d'une quantité considérable de marchandises. La dépêche, déposée au bureau télégraphique de Gênes à dix heures du matin, arrive à Caius vers midi. Celui-ci, par télégramme en date de six heures du soir, accepte et demande la prompte expédition des marchandises; mais la dépêche ne parvient malheureusement à sa destination que dans la matinée du jour suivant. Par un télégramme de sept heures, dans la soirée précédente, Titius avait notifié à Caius la vente à des tiers des marchandises offertes, et il retirait son offre. Mais quoi? Caius avait déjà loué un vaste magasin pour recevoir les marchandises achetées, et fait aussi quelques autres dépenses à cette même fin; il avait revendu une bonne partie de ces marchandises à un tiers, et, ce qui pis est, il avait refusé une proposition fort avantageuse qui lui avait été faite peu après l'acceptation de l'offre de Titius. De plus, des événements particuliers font sensiblement augmenter le prix des marchandises de cette nature, de façon que Caius, outre la perte subie, n'est plus en mesure de maintenir les engagements qu'il avait pris. »

On conçoit l'importance que présente notre question dans cette hypothèse. Suivant que l'on place, ou non, la formation du contrat au moment même où Caius se désaisit de son acceptation, on devra déclarer que la révocation de son offre par Titius était tardive et de nul

¹ Serafini, *Le Télégraphe*, § 17.

effet, ou que Caius a eu tort de disposer à l'avance des marchandises qui ne lui appartenaient pas encore, puisque le contrat n'était pas formé. La question est identique, que l'on ait eu recours à la correspondance postale ou à la transmission télégraphique ; même, si le contrat a été conclu par lettres missives, les difficultés pourront être plus grandes encore, puisqu'un plus long espace de temps sépare l'expression de l'offre de la formation du contrat.

§ 2. — Entrons maintenant dans le détail des intérêts divers que présente la controverse :

1° — C'est tout d'abord au point de vue de la faculté de rétractation que la question montre de l'importance. Le proposant peut-il révoquer sa proposition après qu'elle a été acceptée, mais avant qu'il ait eu connaissance de cette acceptation ? L'acceptant peut-il valablement changer d'avis tant que sa lettre d'acceptation n'a pas été lue par le proposant ? L'exemple précité de M. Serafini fait bien ressortir l'importance de cette question ; nous y reviendrons d'ailleurs plus tard.

2° — C'est à l'instant où se forme le contrat qu'il faut se placer, pour apprécier la capacité légale des parties contractantes. Par exemple, si une personne était en état notoire d'imbécillité, de fureur ou de démence, au moment où elle a conclu un contrat par correspondance, ce contrat pourrait être annulé par application de l'article 503 du Code civil. Or, l'imbécillité, la fureur et la démence pouvant se produire subitement et cesser de la même manière, l'acceptant pouvait être capable quand il a accepté, et incapable quand son acceptation a été connue du proposant, ou réciproquement.

De même encore, le moment de la formation du con-

trat est important lorsque l'une des parties a été déclarée en faillite ou mise en liquidation judiciaire. En effet, en vertu des articles 446, 447 du Code de commerce, certains contrats peuvent être déclarés nuls ou annulables quand ils ont été passés par le failli « depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation de ses paiements, ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque. » Or, on peut supposer un contrat par correspondance que le failli avait accepté avant le susdit délai, mais dont l'acceptation n'a été connue qu'au cours du délai.

§ 3. — L'article 1167 du Code civil permet aux créanciers d'attaquer les actes, faits par leur débiteur en fraude de leurs droits. Mais, pour qu'un acte soit passé en fraude des droits des créanciers, il faut qu'il ait diminué le patrimoine du débiteur depuis la naissance de leurs créances. Les créanciers, qui veulent intenter l'action paulienne, doivent donc prouver l'antériorité de leurs créances sur l'acte qu'ils prétendent avoir entraîné ou aggravé l'insolvabilité du débiteur. D'où la nécessité de fixer l'instant exact de la formation du contrat par correspondance, si c'est ce contrat que les créanciers attaquent comme ayant lésé leurs droits.

4° — C'est à partir du moment où il se forme, que le contrat commence à produire ses effets. Prenons pour exemple un contrat de vente :

Des articles 1138 et 1583 du Code civil, il résulte que la propriété de la chose vendue, et dès lors les risques de cette chose, passent à l'acheteur dès l'instant où la convention est parfaite. Rappelons seulement que le transport immédiat de la propriété et des risques suppose que l'objet de la vente est un corps certain.

De même l'article 100 du Code de commerce, à propos du transport des marchandises, consacre la règle : *res perit domino*. La chose voyage, sauf convention contraire, aux risques et périls de celui à qui elle appartient.

Il est donc nécessaire, à ces divers points de vue, de déterminer le moment où se forme le contrat, quand il est conclu par correspondance. Notamment dans l'hypothèse suivante : A l'offre de m'acheter telles marchandises, je ne réponds que par l'expédition même des marchandises. — Si l'on admet que le contrat est formé dès que l'acceptant s'est dessaisi de son acceptation, il le sera, dans notre espèce, au moment même de l'expédition des marchandises, puisque cette expédition constitue l'acceptation. A ce moment donc, la propriété des marchandises passera à l'acheteur, et, en vertu de la règle : *res perit domino*, les risques du transport seront à la charge de cet acheteur. — Au contraire, le contrat ne se forme-t-il que quand le proposant a connu l'acceptation ? Il ne se formera, dans notre espèce, qu'au moment de la réception des marchandises, et celles-ci dès lors auront voyagé aux risques et périls du vendeur.

Encore au sujet de la vente : Il arrive souvent que des marchandises sont vendues au cours du marché. Par là les parties conviennent que le prix de vente de la marchandise sera celui du cours moyen, qu'elle a atteint sur le marché, le jour même de la formation du contrat. Il est donc important de déterminer ce jour, d'autant plus que, d'un jour à l'autre, les cours peuvent varier d'une façon considérable.

Enfin il faut encore se prononcer, sur la question qui nous occupe, dans l'hypothèse suivante : L'acceptant se

marie sous le régime de la communauté légale ; avant son mariage il avait accepté par lettre la vente d'un immeuble qui lui était proposée, mais son acceptation n'a été connue du proposant que depuis : L'immeuble a-t-il été définitivement acquis avant le mariage ? Il demeure propre. — La vente n'a-t-elle été conclue que par la connaissance de l'acceptation, c'est-à-dire au cours du mariage ? L'immeuble tombe en communauté (art- 1402 et 1404, Code civil).

5° — Une même proposition a été faite à plusieurs personnes, et, par hypothèse, cette proposition est de telle sorte qu'elle ne peut être acceptée que par une seule. Les divers destinataires de l'offre ainsi faite l'acceptent tous, à des intervalles plus ou moins rapprochés ; il devient donc nécessaire de fixer le moment auquel chacun des contrats eût dû se former, afin de savoir lequel est né le premier, puisque celui-là seul est valable. Suivant que l'on adopte l'un ou l'autre des systèmes proposés, on arrivera à l'une de ces deux solutions : D'après l'un, il faudra rechercher les heures diverses auxquelles chacune des acceptations a été expédiée par son auteur, et dire que le contrat est conclu avec celui qui le premier a jeté sa lettre à la poste, ou déposé sa dépêche au bureau télégraphique. D'après l'autre, le contrat se forme avec celui dont l'acceptation sera parvenue la première à la connaissance du proposant.

§ 3. — 6° — M. Valéry ¹ nous montre encore deux intérêts de la controverse sur l'instant où naît le contrat.

Le premier apparaît « toutes les fois que le moment

¹ Valéry, §§ 121, 122, p. 121.

de la formation du contrat doit servir de point de départ à un délai », par exemple pour le délai de la prescription libératoire, ou pour calculer la durée du terme dans lequel on peut invoquer une clause de réméré.

Le second naît « quand une loi nouvelle vient modifier les règles auxquelles obéit la formation d'un contrat ou les obligations qu'il engendre », entre le moment de l'acceptation et celui de la connaissance de cette acceptation, puisque les lois n'ont pas d'effet rétroactif.

§ 4. — C'est *l'instant* même de la formation du contrat par correspondance qu'il est important de fixer dans les précédentes hypothèses, et on arrive à des résultats tout différents, nous l'avons vu, suivant qu'on place la naissance de ce contrat au moment où l'acceptant se dessaisit de son acceptation, ou seulement au moment où le proposant en prend connaissance.

Nous allons maintenant voir que la détermination du lieu où se forme le contrat n'est pas non plus sans intérêt. Suivant que l'on place le lieu de la formation au domicile du proposant ou à celui de l'acceptant, on fait varier la solution sur la compétence, en matière commerciale, et sur la loi qui doit régir le contrat, en droit international.

Donc la controverse, dans laquelle nous allons entrer, présente encore de l'intérêt à deux points de vue.

7° -- Au sujet de la compétence. — Nous avons déjà, à plusieurs reprises, signalé cet intérêt. Le moment est venu de l'expliquer et d'en restreindre la portée.

Les principes généraux en matière de compétence sont posés dans l'article 59 du Code de procédure civile, et peuvent se résumer ainsi :

En matière personnelle, le tribunal compétent est celui du domicile du défendeur. En matière réelle, celui de la situation de l'immeuble. Ce sont l'un et l'autre en matière mixte. Or évidemment le lieu de la formation du contrat ne saurait exercer aucune influence sur cette compétence. C'est en matière commerciale seulement, et en raison de la disposition de l'article 420 du Code de procédure, que l'intérêt de notre question apparaît. Ce texte, qui fixe les règles de la compétence commerciale, n'établit plus cette compétence d'après la nature de l'action ; il laisse le demandeur choisir entre les trois tribunaux suivants :

- 1^o Tribunal du domicile du défendeur ;
- 2^o Tribunal dans l'arrondissement duquel le paiement devait être effectué ;
- 3^o Tribunal dans l'arrondissement duquel la promesse a été faite et la marchandise livrée (art. 420, al. 3).

Or, si le demandeur au commerce opte dans ce dernier sens, c'est-à-dire pour le tribunal dans l'arrondissement duquel la promesse a été faite, ou, en d'autres termes, dans lequel la convention s'est conclue, le tribunal compétent variera suivant le lieu où l'on place la formation de cette convention. Ce sera le tribunal du domicile de l'acceptant, si l'on admet que le contrat se forme à l'endroit où l'acceptation s'est produite ; ce sera le tribunal du domicile du proposant, si le contrat ne naît qu'à l'endroit où l'acceptation a été connue.

Ajoutons que, d'après l'opinion commune, pour qu'il y ait lieu à la compétence spéciale autorisée par l'article 420 (al. 3) du Code de procédure, il faut que les deux conditions indiquées dans ce texte soient cumulativement accomplies ; c'est-à-dire que la promesse ait été

faite et la marchandise livrée dans le même endroit, que le contrat et son exécution se soient produits dans le même arrondissement ¹.

D'ailleurs, quand les conditions sont remplies, la jurisprudence se montre très large pour l'admission de cette compétence spéciale. Elle ne la limite pas au cas d'achats ou ventes commerciaux, comme cela semblerait résulter des termes de l'article 420 du Code de procédure, mais elle l'étend à toutes les contestations commerciales se rapportant à une livraison faite ².

8° — Au point de vue du droit international. — Supposons un contrat passé par correspondance entre les nationaux de deux pays différents, par exemple entre Paul de Paris, et Pierre de Londres ; un conflit de législations s'élève, et il devient nécessaire de fixer laquelle des lois, de l'offrant ou de l'acceptant, doit régir le contrat, c'est-à-dire déterminer la capacité des parties, la validité même du contrat, ses formes, ses conséquences, enfin quel tribunal sera compétent au cas où une difficulté s'élèverait entre les parties.

Cette question de la détermination de la loi, qui doit présider au contrat conclu entre nationaux de pays différents, n'est prévue par aucun traité international, réglée par aucun texte législatif. Aussi les auteurs se sont-ils donné carrière sur ce point, et un grand nombre

¹ Voir en ce sens : Cassation, 1^{er} mars 1847 (D. 47, 1, 148) ; Cassation, 18 juin 1879 (D. 81, 1, 33).

² Voir en ce sens : Cassation, 25 avril 1856 (S. 56, 1, 579) ; Cassation, 7 mars 1860 (S. 60, 1, 807) ; Cassation, 9 mars 1863 (S. 63, 1, 225) ; Paris, 1^{er} avril 1875 (D. 77, 5, 110). — Voir pourtant en sens contraire un arrêt de cassation du 18 février 1862 (S. 62, 1, 427), qui restreint au seul cas de vente la compétence spéciale établie en matière commerciale par l'article 420, alinéa 3, du Code de procédure civile.

de systèmes se sont fait jour. La discussion de ces théories diverses a été souvent reprise, et s'écarte de notre étude ¹. Nous nous bornerons donc à exposer les solutions proposées et à montrer l'intérêt de la controverse.

Grotius, trouvant l'application d'une loi quelconque impossible, en concluait que les contrats par correspondance devaient être régis d'après les principes du droit naturel.

M. de Savigny applique la loi du lieu où le contrat doit être exécuté, la *lex loci solutionis*.

Un autre système demande que le contrat soit régi par la loi de l'acceptant, et ce, en vertu d'une fiction par laquelle le proposant serait censé s'être transporté auprès du destinataire de l'offre, afin de traiter avec lui.

MM. Surville et Arthuys proposent la loi de celle des parties qui, dans le contrat, paraît avoir joué le rôle prépondérant. Ce sera donc en principe la loi du proposant qui s'appliquera; il en sera du moins ainsi toutes les fois que le destinataire des offres les aura acceptées sans réserves. Dans le cas contraire, c'est à la loi de l'acceptant qu'il faudrait s'attacher.

Enfin l'opinion, qui semble la plus généralement suivie, admet l'application de la *lex loci contractus*, c'est-à-dire la loi du lieu où est née l'obligation, où s'est formé le contrat. Ce système est soutenu par MM. Laurent, Weiss et Girault.

¹ Nous renvoyons pour l'étude de cette question à l'ouvrage précité de M. Girault, §§ 77 et suiv., et au livre de M. Valéry, chap. 1 de la quatrième partie, §§ 402 et suiv.; — Voir également un article de M. F. Surville sur « Le Contrat par correspondance dans les rapports internationaux. » (*Journal de Droit international privé*, année 1891.)

Remarquons d'ailleurs que cette question n'est que subsidiaire. Si les parties ont pris soin de s'expliquer sur ce point, si elles ont déterminé à l'avance la loi qui sera applicable à leur convention, on devra nécessairement s'y référer. Sans s'être formellement exprimée, l'intention des contractants pourra résulter de la convention même ou des circonstances. Dans tous les cas, la volonté, soit explicite soit implicite, des parties fait loi, et c'est seulement en l'absence de toute manifestation de leur volonté que la question se posera.

Quoi qu'il en soit, si l'on admet que, dans le silence des parties, la loi qui doit régir le contrat par correspondance est la *lex loci contractus*, il est évident qu'il devient nécessaire de se prononcer sur le lieu même où ce contrat prend naissance, quand il a été conclu par correspondance. — Dans l'exemple précédemment cité, admet-on que le contrat se forme dans le lieu d'où est expédiée l'acceptation ? Paul de Paris, ayant fait une offre à Pierre de Londres, et ce dernier l'ayant acceptée, c'est à Londres que le contrat a pris naissance, et c'est la loi anglaise qui doit régir les questions de validité, de forme, et les conséquences du contrat. Admet-on, au contraire, que le *vinculum juris* ne se noue que dans le lieu où la réponse est connue du proposant ? C'est à Paris que le contrat naîtra, et c'est la loi française qui sera applicable.

Ajoutons que la détermination du lieu où se forme le contrat présente de l'intérêt encore, en droit international, au point de vue de la compétence commerciale. Cela résulte ici encore de l'article 420, alinéa 3, du Code de procédure civile, lequel, nous le savons, permet au demandeur, en matière commerciale, d'assigner son adversaire devant le tribunal dans l'arron-

dissement duquel la promesse a été faite et la marchandise livrée.

Nous avons dit qu'il était important, quand on se trouve en présence d'un contrat passé entre nationaux de pays différents, de fixer quelle loi doit régir le contrat, parce que c'est à cette loi qu'il faudra se référer pour déterminer la capacité des parties, la validité, les formes et les conséquences de la convention, enfin le tribunal qui sera compétent pour en connaître. Cette affirmation est trop large et nous devons la restreindre avant de quitter ce sujet.

Tout d'abord il est un point, admis par tous et consacré par un grand nombre de législations, c'est que la capacité requise chez les parties pour pouvoir intervenir au contrat ne peut être réglée, pour chacune, que par sa loi nationale. Et il en est ainsi, en quelque lieu d'ailleurs que le contrat soit passé. C'est ce que décide, pour les Français, l'article 3, § 3, de notre Code. Donc, sur ce point, la controverse que soulève la question de la formation du contrat par correspondance ne présente plus d'intérêt.

Cette controverse devient importante, au contraire, quand le demandeur français poursuit le défendeur étranger devant les tribunaux. La disposition de l'article 420, alinéa 3, du Code de procédure civile, pourra lui permettre, en matière commerciale, de ne pas s'adresser à une juridiction étrangère, si le contrat s'est formé en France. D'où intérêt de fixer le lieu de la formation du contrat. Mais cet intérêt se trouve très réduit par la disposition de l'article 14 du Code civil. D'après ce texte, en effet, « l'étranger, même non résidant en France....., pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contrac-

tées en pays étranger envers des Français. » Il résulte de là que le Français demandeur pourra toujours assigner son cocontractant étranger devant une juridiction française. Donc, la fixation du lieu du contrat ne présentera plus d'intérêt, au point de vue de la compétence, que si le Français avait par avance renoncé expressément ou tacitement au bénéfice de l'article 14 du Code civil, droit que la jurisprudence lui reconnaît ; si le demandeur est lui-même étranger, ou si le défendeur est Français ¹.

§ 5. — Quoi qu'il en soit, la controverse qu'a soulevée la question du temps et du lieu de la formation du contrat par correspondance, présente, on l'a vu, des intérêts multiples. Les contrats qui se concluent entre personnes éloignées étant devenus très fréquents, et tendant sans cesse à s'accroître avec l'extension prodigieuse qu'ont prise le commerce et l'industrie moderne, une législation sur ce point serait à désirer. Or nos codes sont muets sur la question, ce qui s'explique par le peu de développement qu'avaient encore les contrats par correspondance, au début de notre siècle. Il en résulte que les tribunaux sont maîtres souverains pour résoudre toutes les difficultés que ces contrats peuvent soulever. Ce n'est pas à dire que le juge n'ait aucun principe pour le guider. Mais ici la solution de la question dépend surtout de l'analyse intime du consentement lui-même, et de la conception qu'on se fait de ce consentement échangé

¹ Voir sur l'intérêt que présente la question du temps et du lieu où se forme le contrat par correspondance : Guillouard, *Vente*, t. I, § 15 ; — Lyon-Caen et Renault, *Droit commercial*, t. III, n° 25 ; — Ch. Darquer, pp. 76 et suiv. ; — E. Hepp, *De la correspondance privée*, § 106 ; — A. Girault, §§ 73 et suiv. ; — Valéry, §§ 119 et suiv. ; §§ 405 et suiv.

entre absents, en prenant pour terme de comparaison le consentement donné entre personnes présentes. De là la diversité des solutions proposées, et une certaine incertitude dans la jurisprudence, qui est assurément nuisible à la sécurité des conventions, surtout en matière commerciale.

Les législations, de dates plus récentes que la nôtre, ont pour la plupart coupé court à ces hésitations, en adoptant formellement l'un ou l'autre des systèmes proposés,

SOUS-SECTION II

EXPOSÉ DES DIVERS SYSTÈMES QU'A FAIT NAÎTRE LA QUESTION

§ 1. — I. *Système de la déclaration proprement dite, ou de l'agnition pure et simple.* — Cette théorie peut se résumer dans la formule suivante : *Le contrat se forme au moment même de la déclaration d'acceptation, c'est-à-dire au moment où l'acceptant écrit sa lettre ou son télégramme d'acceptation.*

Conception du consentement dans ce système. — Le système de la déclaration n'exige, pour la formation du contrat, que la simple *coexistence* des volontés. Il suffit qu'à un instant donné les volontés des deux parties se soient trouvées concordantes; sans d'ailleurs qu'elles se soient mutuellement touchées, pour que le contrat ait pris naissance. Nous avons étudié précédemment les diverses phases par lesquelles passe, entre personnes absentes, la volonté de chacune, depuis l'instant où elle germe dans l'esprit de son auteur, jusqu'à celui où finalement elle parvient à la connaissance de son destinataire : Tout d'abord, la volonté prend forme dans l'es-

prit; puis son auteur l'exprime, en la transcrivant sur le papier; ensuite il s'en dessaisit, quand il remet la lettre qui la renferme à l'agent chargé de la transporter; le dessaisissement s'accroît, en ce sens qu'il devient irrévocable, lorsque la lettre est délivrée à son destinataire; enfin cette lettre accomplit sa mission, à mesure que le destinataire en prend lecture.

Dans le système de la déclaration *stricto sensu*, il suffit que les deux volontés coexistent pour que le *vinculum juris* se noue. Mais quel est l'acte qui donne, à la volonté de l'acceptant son existence juridique? C'est le fait même, pour l'acceptant, d'écrire sa lettre ou son télégramme d'acceptation. On a objecté que la lettre, tant qu'elle reste entre les mains de son auteur, permettant à celui-ci de la détruire sans que sa seule existence soit jamais connue de personne, n'était qu'une volonté non encore exprimée, un simple *propositum in mente retentum*. Ce n'est pas exact; une volonté, sans doute, n'a aucune valeur tant qu'elle ne s'est pas manifestée au dehors, tant qu'elle n'a pas pris une forme tangible; mais ce n'est pas notre cas. Dès que notre pensée est sortie de notre cerveau, dès que la parole ou l'écriture l'a traduite, elle cesse d'être une simple intention. Il s'est produit entre notre pensée et notre esprit une séparation absolue, sur laquelle nous ne pouvons plus revenir. En d'autres termes, notre volonté est, dès cet instant, aussi bien *manifestée au dehors* qu'elle le sera quand le destinataire de la lettre, qui la contient, la lira. Ah! sans doute, tant que cette lettre est encore en mes mains, je puis la détruire, l'empêcher d'être connue par celui qu'elle intéresse; mais c'est là un acte de révocation: je ne peux plus empêcher que ma volonté n'ait été exprimée, mais je puis m'opposer à ce que cette

volonté exprimée produise ses effets. En d'autres termes, par le fait d'écrire ma lettre, je ne me dessaisis pas de ma volonté, et surtout je ne m'en dessaisis pas d'une façon irrévocable, mais il n'en est pas moins vrai que je l'exprime. Donc, entre les diverses phases par lesquelles passe le consentement, pour aller de son auteur à son destinataire, le système de la déclaration *stricto sensu* s'arrête à la première. La volonté « déclarée, » exprimée au dehors, existe ; et si, à ce moment même, une autre volonté de même sorte existe aussi, le contrat est parfait.

Nous voyons ainsi que cette première théorie est de toutes la plus « rapide, » si je puis m'exprimer ainsi ; c'est-à-dire celle qui place le plus tôt l'instant où se forme le contrat. A ce titre, c'est donc celle qui répond le mieux aux besoins de célérité que demandent les relations commerciales. Nous voyons aussi que chaque volonté y est prise d'une façon absolue, en elle-même, sans s'occuper de celui à qui elle s'adresse, sans attendre qu'elle ait pu se fixer sur un objet. Nous reviendrons sur la discussion de cette théorie, quand nous exposerons le système de l'information auquel nous nous sommes rangé. Dès maintenant nous dirons que, pour tous ceux qui n'exigent pas qu'une volonté soit connue de celui à qui elle s'adresse, pour exister légalement, le système de la déclaration pure nous semble le plus logique ; nous dirions même le seul logique, si des autorités considérables n'avaient attaché leurs noms aux systèmes intermédiaires.

Notons ici une conséquence de ce premier système : Supposons deux propositions qui se croisent ; Pierre demandait à Paul dix barriques de vin à 1,000 fr. l'une, à peu près au même moment où Paul écrivait à Pierre pour lui offrir ces mêmes dix barriques au même prix.

Le contrat s'est formé à l'instant où la seconde proposition a été écrite, car à cet instant les deux volontés coexistaient. Le contrat est donc né à l'insu de l'un et de l'autre cocontractant.

Textes qu'invoque le système de la déclaration pure et simple. — Ce sont les articles 1121, 1984 et 1985 du Code civil.

L'article 1121, relatif aux stipulations pour autrui, décide (*in fine*) que « celui qui a fait la stipulation ne peut plus la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter. » Donc, disent les partisans du système que nous exposons, il suffit que la volonté du tiers soit « déclarée, » qu'elle s'exprime d'une façon ou d'une autre, et la connaissance de son acceptation par le stipulant est tout à fait inutile. Par analogie, si une proposition est faite et qu'elle se maintienne, le contrat se formera au moment même où l'acceptation de cette proposition se produira.

Le système de la déclaration fait encore appel aux articles 1984 § 2, et 1985 § 2, l'un et l'autre concernant le mandat.

L'article 1984 *in fine* nous dit que « le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire, » d'où l'on a conclu que la seule acceptation suffisait à parfaire le contrat, sous quelque forme qu'elle se manifestât et au moment même de sa manifestation. Or, il n'y a, pense-t-on, aucune raison pour ne pas étendre à tous les contrats une règle, que le Code civil n'a mentionnée qu'à l'occasion du mandat, sans doute parce qu'il la considérait comme évidente partout ailleurs.

Le dernier texte invoqué est l'article 1985, alinéa 2, aux termes duquel « l'acceptation du mandat peut n'être que tacite, et résulter de l'exécution qui lui a été donnée

par le mandataire. » Ce texte est très clair, dit-on ; il précise bien que l'acceptation peut consister dans l'exécution même du contrat, et ne fait aucune allusion à la connaissance de cette exécution par le mandant. Or il n'y a aucun motif pour que, ce qui est vrai au cas d'acceptation tacite, ne le soit pas aussi au cas d'acceptation expresse.

Doctrine et jurisprudence. — La théorie de la déclaration pure et simple se rapproche beaucoup de la théorie de l'émission que nous allons exposer maintenant ; l'une et l'autre, quoique conduisant en pratique à des résultats souvent différents, s'appuient sur les mêmes principes. Un grand nombre d'auteurs ont adopté ces principes, ainsi que de nombreux arrêts soit français, soit étrangers ; mais il est souvent fort difficile de savoir à laquelle des deux théories ils se rattachent plus spécialement. Nous remettons donc l'exposé de la doctrine et de la jurisprudence après l'examen du système de l'émission ; nous indiquerons alors spécialement les auteurs qui se sont formellement prononcés pour l'un des deux systèmes, puis ceux qui, s'étant bornés à discuter les principes, ne se sont pas expressément classés dans l'un d'eux.

§ 2. — II. *Système de l'expédition ou de l'émission (Uebermittlungstheorie).* — Cette théorie peut se résumer dans cette formule : *Le contrat se forme au moment même où l'acceptant se dessaisit de son acceptation, c'est-à-dire, pour le cas spécial du contrat par correspondance, au moment où l'acceptant jette à la poste ou dépose au bureau télégraphique sa lettre ou sa dépêche d'acceptation.* — Comme la précédente, cette théorie se contente encore de la simple coexistence des volontés. Comme elle, elle aboutit à cette consé-

quence que le lieu de la formation du contrat est celui du domicile de l'acceptant ¹.

Ces deux doctrines, on le voit, partent du même principe, et, dans leurs résultats, se rapprochent souvent l'une de l'autre : aussi, les range-t-on toutes deux sous la dénomination générique de système de la déclaration ou de l'agnition ; réservant à la première, le nom de système de la déclaration ou de l'agnition proprement dites, ou *stricto sensu*, parce qu'elle applique plus rigoureusement le principe ; et donnant à la deuxième, le nom de système de l'expédition ou de l'émission, à raison de l'instant même où elle place la formation du contrat.

Conception du consentement dans ce système. — Elle est la même que dans la théorie précédente : Dès que l'acceptation vient se joindre à l'offre faite, le contrat est parfait.

Ce système ne diffère du précédent que parce qu'il exige de l'acceptant une action plus complète, une manifestation de volonté plus évidente. Celui-ci ne doit plus se contenter d'exprimer formellement sa volonté, c'est-à-dire d'écrire sa lettre ou son télégramme d'acceptation ; il doit de plus s'en dessaisir, c'est-à-dire jeter sa lettre à la poste ou déposer son

¹ Ceci est exact en principe. Mais dans la pratique, nous l'avons déjà fait remarquer (voir le § 3 de la section II du présent chapitre), les deux systèmes aboutiront parfois à une solution différente, quant au lieu de la formation du contrat. Il suffit pour cela de supposer que l'acceptant, après avoir écrit sa lettre d'acceptation dans la ville où il est domicilié, ne l'a jetée à la poste que dans une ville différente, au cours d'un voyage par exemple. Dans le système de la déclaration pure, le contrat s'est formé au domicile de l'acceptant. Dans le système de l'émission, au lieu d'où la lettre a été expédiée.

télégramme au bureau. Le dessaisissement est la deuxième phase par laquelle passe l'acceptation, pour aller de son auteur à son destinataire ; il constitue un acte manifeste de la volonté et qui peut être connu et prouvé.

Les arguments qu'invoque ce système peuvent se résumer ainsi : Le consentement ne devient définitif que quand son expression devient irrévocable ¹. Le contrat ne se forme pas, tant que la lettre d'acceptation est encore dans les mains de l'acceptant, car celui-ci peut la faire disparaître à l'insu de tous. Mais, une fois la lettre mise à la poste, le consentement devient irrévocable, car la lettre est devenue la propriété de son destinataire, et dès lors il n'appartient plus à son auteur d'en faire disparaître le contenu. — Sans doute l'administration des postes et télégraphes permet le retrait des correspondances en cours de voyage ; mais les partisans du système de l'émission prétendent

¹ Le système de l'expédition prétend exiger un dessaisissement irrévocable de la volonté ; mais c'est inexact ; il se contente d'un dessaisissement qui, en fait, est très révocable. En effet, on admet en général que la propriété de la lettre missive ne passe à son destinataire qu'à partir du moment où elle lui est remise. Jusque-là son auteur en reste maître absolu, et il peut notamment en arrêter la transmission, pendant qu'elle est encore en cours de route. Aujourd'hui le retrait des correspondances jusqu'au moment de leur remise à destination est admis dans tous les Etats et consacré en France par des textes irrécusables : outre l'article 389 de l'instruction générale des Postes du 20 mars 1868, nous pouvons citer, en faveur du retrait, un avis du Conseil d'Etat du 6 août 1883, l'article 14 du décret du 16 avril 1881 ; en matière postale internationale, l'article 5 bis de l'acte additionnel de Lisbonne du 21 mars 1885 ; et enfin les articles 28 et suivants du décret du 12 janvier 1894 sur le service télégraphique. Nous avons eu déjà l'occasion de faire ces remarques, et nous reviendrons plus tard encore sur ce sujet.

qu'elle outre passe ici ses droits, et qu'une loi bien formelle pourrait seule autoriser une dérogation aussi grave aux vrais principes. MM. Lyon-Caen et Renault¹ disent encore : « Celui qui accepte l'offre qui lui a été adressée, a fait tout ce qu'il pouvait faire en expédiant la lettre ou le télégramme contenant son acceptation. Il serait singulier que la formation du contrat fut subordonnée à l'arrivée de l'acceptation à l'auteur de l'offre ; c'est un événement indépendant de celui qui l'accepte. »

Textes qu'invoque le système de l'émission. — Tout d'abord les articles 1121, 1984 et 1985 du Code civil, c'est-à-dire les mêmes textes que le précédent système, et pour les mêmes raisons. Ces articles, nous l'avons vu, parlent de déclaration d'acceptation ou d'acceptation pure et simple, sans exiger que cette acceptation soit connue de l'auteur des offres.

Nous ajoutons deux autres textes qui, eux aussi, pourraient être invoqués tout aussi bien en faveur de la théorie de la déclaration *stricto sensu*, que de la théorie de l'émission, mais que nous plaçons ici parce que les auteurs qui en ont tiré argument sont sans aucun doute partisans du système de l'émission.

M. Demolombe² fait appel à l'article 1101 du Code civil, « qui n'exige pour la formation du contrat, que la « convention », c'est-à-dire la coexistence simultanée des deux volontés, d'où résulte le consentement. »

Voici le second texte invoqué : à l'objection qu'apporte Toullier contre le système de l'émission, et d'après laquelle on ne peut pas être lié par un contrat

¹ Lyon-Caen et Renault, *Droit commercial*, t. III, § 27.

² Demolombe, t. XXIV (t. I *Des Contrats*), § 75.

qu'on ignore, Molitor¹ oppose l'article 1290 du Code civil « qui décide que la compensation s'opère *ipso jure* à l'insu même des débiteurs. »

Doctrine et jurisprudence. -- Nous rappelons que nous allons donner ici la doctrine et la jurisprudence des deux premiers systèmes.

¹ Molitor, *Les Obligations en Droit romain*, t. I, n^{os} 49 et suiv.

Nous avons rangé Molitor parmi les partisans du système de l'émission ; il serait plus exact de dire qu'il a enseigné une théorie mixte, car il propose deux solutions qui doivent être appliquées suivant les circonstances.

La règle qu'il pose est que le contrat se parfait dès l'instant de l'acceptation ; mais il y apporte une condition essentielle, c'est que l'acceptation « soit donnée dans des circonstances telles qu'elle soit réellement irrévocable pour l'acceptant. » Or c'est là, d'après Molitor, l'hypothèse ordinaire : *Dès qu'une lettre est mise à la poste* elle devient la propriété de son destinataire ; le consentement qu'elle contient est donc irrévocable et le contrat définitivement formé.

Voici maintenant l'exception qu'il admet à sa règle : « Si l'acceptation était donnée de telle sorte qu'il fût au pouvoir de l'acceptant de la révoquer, si la lettre était par exemple remise à un messenger qui serait devancé auprès du pollicitant par un autre qui répudierait l'offre, il serait inique qu'il y eût contrat à partir de l'acceptation....., car l'auteur de l'offre serait tenu à partir du moment de l'acceptation, tandis que l'acceptant ne le serait point. »

Donc Molitor rejette le système de l'émission, dès qu'apparaît la possibilité de révoquer l'acceptation donnée. Si, malgré cela, il a posé comme règle générale que le contrat se forme dès l'instant où l'acceptant se dessaisit de son acceptation, c'est que, à l'époque où il écrivait, une fois la lettre mise à la poste, il était impossible de revenir sur le fait accompli ; c'est ce qu'il nous dit lui-même : « Une telle hypothèse qui laisse à l'acceptant la faculté de retirer, ou de révoquer son acceptation avant qu'elle soit parvenue à l'auteur de l'offre, doit se présenter rarement dans l'état actuel de nos relations commerciales. » Et en effet (comme l'indique la note 1 de la 2^e édition, p. 90), Molitor écrivait ces lignes avant l'invention du télégraphe, et à une époque où l'administration n'admettait pas le retrait des correspondances

La théorie de la déclaration *stricto sensu* ne paraît guère avoir été soutenue dans toute sa rigueur qu'en Allemagne. Il semble du moins, d'après les termes généraux qu'ils emploient, qu'elle a été enseignée par Bulow et Hagemann; Wening-Ingenheim; Puchta; enfin Scheurl qui, après avoir enseigné la théorie de la réception, s'est rangé plus tard à celle de la déclaration proprement dite.

Cependant, dans son récent ouvrage, M. Valéry s'est fait le défenseur du système de la déclaration *stricto sensu*. Seulement il en étend quelque peu les termes, le dégage des considérations théoriques dans lesquelles on le renfermait le plus souvent, et le présente sous une forme beaucoup plus pratique qu'il ne l'avait encore été. Son système se résume dans cette formule assez large : « L'acceptation rend le contrat parfait dès l'instant où elle s'est manifestée sous une forme telle qu'il n'appartient plus à l'acceptant de l'anéantir ¹. »

La théorie de l'émission ou de l'expédition a été soutenue par Molitor (*loc. citat.* V. note 1, p. 305); Demolombe (t. I des Contrats, §§ 73 et s.); Lyon-Caen et Renault (*Droit commercial*, t. III, §§ 27 et s.); Aubry et Rau (3^e édition, t. III, § 343 et note 3); Guillouard (*Vente*, t. I, §§ 15 et 16); Duvergier (*Vente*, t. I, 58); Boistel

en cours de route. Mais, à l'heure actuelle, rien n'est plus facile que de retirer ou de révoquer l'acceptation donnée, du moins tant qu'elle n'est pas arrivée à destination. Il est donc probable que si Molitor écrivait aujourd'hui, ce qu'il avait posé comme règle générale deviendrait l'exception, et *vice versa*. Au cas où la révocation est possible, il se range d'ailleurs « au système défendu par Troplong et Merlin, en décidant qu'il n'y a de contrat parfait, dans ce cas, que dès l'instant où l'acceptation est parvenue à la connaissance de l'auteur de l'offre. »

¹ Valéry, *loc. citat.* §§ 142 à 144.

(*Droit commercial*, § 443 *in fine*) ; A. Girault (*Contrats par corresp.*, §§ 68 et s.) ; Ch. Darquer (*Contrats par corresp.*, pp. 69 et s.) ; E. Hepp (*Corresp. privée*, § 109, p. 99) ; Serafini (*le Télégraphe*, § 21 *in fine*).

Se sont prononcés en faveur du système de la déclaration en général, sans opter d'une façon précise entre les deux sous-théories de la déclaration *stricto sensu* et de l'émission, les auteurs suivants : Dans notre ancien droit : Cujas (*Observationes*, XIII, chap. xxxi, B) ; Casaregis, qui place le lieu du contrat au lieu de l'acceptation (Disc. 179, n^{os} 1 et s.) ; Lauterbach (*Dissertatio de nuntio*, chap. vii, § 25) ; Pothier ¹ (*Vente*, n^o 32).

Parmi les auteurs contemporains : Duranton (t. XVI, § 45) ; Marcadé (t. IV, art. 1108, n^o 2) ; Ripert (*Essai sur la vente commerciale*, pp. 40 et s.) ; R. Rousseau (§§ 86, 87 et s.) ; A. Weiss (*Traité de droit international privé*, pp. 633 et s.) ; de Savigny (*Système*, VIII, § 371).

Jurisprudence française. — Notre jurisprudence a été très divisée sur la question qui nous occupe. A l'heure actuelle encore, elle n'est pas définitivement formée dans un sens ou dans l'autre. De l'examen des décisions nombreuses rendues en cette matière, il semble résulter qu'elle varie suivant qu'il s'agit d'une question de compétence, provenant, nous le savons, de l'application de l'article 420 du Code de procédure civile, ou suivant

¹ Pothier enseigne que le contrat se forme à l'instant « auquel l'autre partie aura déclaré qu'elle acceptait le marché. » Bugnet, annotateur de Pothier, complète ainsi ce texte : « il serait bon d'ajouter : et que cette acceptation sera notifiée à l'autre partie. » Merlin va plus loin et affirme que Pothier n'avait pas besoin de s'expliquer expressément sur ce point « parce que la chose se sous-entend d'elle-même. » Quoi qu'en pensent ces auteurs, Pothier s'est rattaché au système général de la déclaration, et non à celui de l'information. (Voir Guillouard, *Vente*, t. I. § 46.)

qu'elle est chargée de déterminer l'instant même de la formation du contrat.

S'agit-il de déterminer le lieu de la formation du contrat, afin de trancher la question de compétence? Elle semble incliner plutôt vers la théorie de la déclaration, en ce sens qu'elle place le lieu du contrat au lieu de l'acceptation. .

S'agit-il de fixer l'instant de la formation du contrat? Elle semble exiger plutôt la prise de connaissance de l'acceptation par le proposant, ou tout au moins la réception par lui de la lettre ou du télégramme d'acceptation.

La diversité des décisions, qu'a adoptées la jurisprudence en cette matière, nous est d'ailleurs expliquée dans deux arrêts de cassation, l'un du 6 août 1867 ¹, l'autre du 9 novembre 1885 ². De ces décisions, il résulte que la détermination du temps et du lieu où se forme le contrat serait une question plutôt de fait que de droit. La fixation de l'instant où la convention est devenue parfaite entre les parties, nous dit l'arrêt de 1867, est une question de fait plus que de droit, en ce sens que la solution de cette question peut varier selon les circonstances particulières de chaque espèce, de telle sorte que les juges du fond sont nécessairement investis en cette matière d'un pouvoir très étendu d'appréciation. L'arrêt de 1885 dit, encore dans le même sens, que l'interprétation de la volonté des parties contractantes, faite par le juge sur le point de savoir s'il y a accord des volontés sur le lieu de la formation, est souveraine et échappe au contrôle de la Cour de cassation.

¹ D. 68, 1, 33.

² *Pandectes françaises*, 86, 1, 62; *sic* Cassation, 1^{er} décembre 1875 (D. 77, 1, 450); Cassation, 30 mars 1881 (S. 82, 1, 56).

Nous n'insisterons pas sur les conséquences dangereuses que pourrait entraîner une semblable théorie. Le juge du fond se trouvera nécessairement, sur le point qui nous occupe, dans l'une des trois hypothèses suivantes : Ou bien les parties auront pris soin de déterminer par avance le temps et le lieu de la formation du contrat ; or, la convention faisant la loi des parties, le juge sera tenu de s'en rapporter aux règles par elle posées. — Ou bien la convention, sans trancher formellement la question, contiendra des éléments suffisants pour la résoudre ; et dès lors cette interprétation des termes du contrat est abandonnée au juge du fond. — Ou bien enfin, et ce sera le cas le plus fréquent, les contractants n'auront pas prévu la difficulté ; mais ce n'est pas à dire que le juge sera libre de la résoudre à son gré et suivant les circonstances de la cause. Il doit chercher les règles à suivre dans les principes généraux du Droit, et la nature intime du consentement. Aussi semble-t-il que le devoir de la Cour de cassation, au lieu de se désintéresser de la question, eût été de la trancher pour couper court aux hésitations de la jurisprudence, qui sont certainement nuisibles aux affaires, surtout commerciales ¹.

Quoi qu'il en soit, un certain nombre d'arrêts ont été rendus en France en faveur du système de la déclaration. La plupart n'ont trait qu'à la compétence commerciale et au lieu de la formation du contrat, ce qui ne permet pas de savoir s'ils ont consacré le système de la déclaration *stricto sensu*, ou le système de l'émission.

Voici les principaux arrêts rendus en faveur de la

¹ Voir Valéry, § 129, pp. 124, 125.

théorie générale de la déclaration : Pau, 16 juillet 1852 (S., 52, 2, 418); Caen, 15 juin 1871 (D., 72, 5, 111); Rouen, 28 février 1874 (D., 77, 2, 222); Tribunal de commerce de la Seine, 6 mars 1883 (G. P., 83, 1, 529); Poitiers, 4 novembre 1886 (G. P., 86, 2, 907); Douai, 15 mars 1886 (D., 88, 2, 37); Rennes, 17 janvier 1887 (G. P., 87, 1, 300); Paris, 30 mars 1889 (G. P., 89, 1, 825); Poitiers, 21 janvier 1891 (G. P., 91, 1, 297).

Législations étrangères. — Nous avons dit que la plupart des législations étrangères, de dates plus récentes que la nôtre, ont dû, à raison de son développement croissant, s'occuper du contrat par correspondance. Nous allons indiquer ici celles qui, dans la controverse, ont pris parti pour le système de la déclaration.

Ce sont : le Code de commerce espagnol révisé et mis en vigueur le 1^{er} janvier 1886 (art. 34); le Code de commerce du Pérou, de 1853 (art. 185); le Code de commerce du Mexique, de 1854 (art. 222); les Codes de commerce des républiques du Nicaragua, de 1869 (art. 133), et de Salvador, de 1881 (art. 206); le Code de commerce argentin, 9 octobre 1889 (art. 213); la loi de Wurtemberg (art. 289); le projet de Code civil japonais (art. 329); le Code fédéral suisse des obligations, mis en vigueur le 1^{er} janvier 1883 (art. 8), et enfin la législation allemande.

L'article 321 du Code de commerce allemand déclare qu'« un contrat débattu entre absents est censé conclu du moment où la déclaration d'acceptation est émise pour être adressée à l'autre partie. » Cette disposition se trouve répétée dans l'article 87 du projet de Code civil pour l'empire d'Allemagne : « La convention est conclue au moment de l'acceptation de l'offre. »

La plupart des législations que nous venons de citer se rattachent spécialement au système de l'expédition, et placent la formation du contrat au moment où l'acceptant se dessaisit de son acceptation. Mais, partant du même principe, elles sont loin d'arriver toutes aux mêmes conséquences. Les comparer toutes entre elles et montrer les points sur lesquels elles se séparent serait une étude fort longue et qui ne trouve pas sa place ici. Qu'il nous suffise de dire quelle est la raison principale de ces divergences : La conséquence directe du système de la déclaration est que l'acceptation, dès qu'elle est exprimée, ou du moins dès que son auteur s'en est dessaisi, devient irrévocable, puisque le contrat est parfait dès cet instant. Or cette conséquence, nécessaire cependant si l'on veut être logique, a semblé trop rigoureuse, et l'on s'est en général efforcé de la faire disparaître. Ce désir de concilier les règles de l'équité et les besoins des affaires, avec les principes rigoureux sur lesquels ces législations ont voulu s'appuyer, a engendré des doctrines mixtes, dont les résultats sont parfois fort éloignés de ceux qu'entraîneraient normalement les principes admis. Nous allons examiner rapidement ces résultats dans les deux législations allemande et suisse.

Le Code de commerce allemand, nous l'avons dit, admet en principe le système de l'expédition (art. 321). Le contrat devrait donc être réputé définitif dès l'instant où l'acceptant se dessaisit de son acceptation. Il n'en est rien. Après nous avoir dit, dans son paragraphe 1^{er}, que l'offre peut être rétractée avant ou en même temps qu'elle est connue de son destinataire, l'article 320, dans son alinéa 2, ajoute qu'il en est de même de l'acceptation : « De même, si le retrait de l'acceptation

parvient à la connaissance de la partie qui a fait l'offre plus tôt ou aussitôt que l'acceptation elle-même, cette acceptation est à considérer comme non avenue. » Tant il est vrai, quoi qu'on en ait dit maintes fois, que l'offre et l'acceptation sont de même nature, constituent deux manifestations de volonté semblables, et comme telles doivent être soumises aux mêmes règles et à la même faculté de révocation.

Ce n'est pas tout; le contrat qui se forme au moment même du dessaisissement de son acceptation par l'acceptant, n'est que conditionnel. Il existe dès cet instant, mais il est subordonné à une condition résolutoire qui l'anéantira, si elle se réalise. C'est ce qui ressort de l'article 319. Ce texte nous dit tout d'abord (nous l'avons constaté précédemment) que l'offre faite entre absents a un caractère obligatoire et qu'elle lie son auteur « jusqu'au moment où, en calculant d'après les délais ordinaires, il devrait avoir reçu la réponse de l'autre partie; » or il ajoute, dans son alinéa 2, que la convention, qui s'est formée au moment du dessaisissement de l'acceptation, ne produira ses effets que si cette acceptation parvient dans le délai susdit à la connaissance du proposant : « L'acceptation envoyée sans retard, mais reçue seulement après le délai susdit, *restera sans effet*, si la partie qui a fait l'offre a, dans l'intervalle ou immédiatement après le reçu de l'acceptation, fait connaître le retrait de son offre. » Ainsi, si l'acceptation, manifestée d'ailleurs en temps utile, arrive en retard chez le proposant, celui-ci peut refuser le contrat, sous la seule condition d'en avertir à bref délai l'acceptant. De tout ceci résulte que le contrat, qui s'est formé par l'expédition de l'acceptation, reste néanmoins soumis à une double cause d'annulation : la première de la part

de l'acceptant, qui peut le faire tomber, pourvu que sa révocation arrive au plus tard en même temps que son acceptation même ; la deuxième de la part du proposant, qui peut refuser le contrat, si l'acceptation ne lui est arrivée que tardivement. On aboutit donc à cette conséquence que, si le contrat commence à produire ses effets dès l'expédition de l'acceptation, il ne devient absolument définitif que quand cette acceptation est connue du proposant.

Cette doctrine a été inspirée en grande partie par la théorie mixte de Windscheid, sur laquelle nous reviendrons plus tard.

Le projet de Code civil allemand reproduit ce système et le précise plus encore. L'article 87 déclare la convention conclue au moment de l'acceptation de l'offre. L'article 84 dit que la rétractation de l'offre ou de l'acceptation est valable, pourvu qu'elle arrive au plus tard en même temps que la volonté rétractée. L'article 85 du projet reproduit, avec plus de détails, la disposition de l'article 319 du Code de commerce. Enfin l'article 74 décide que « si la validité d'une déclaration de volonté est subordonnée à la condition qu'elle soit faite à l'intéressé (celui qui reçoit la déclaration de volonté), et si cette déclaration a lieu en son absence, il est nécessaire, pour sa validité, *que la volonté expresse lui soit communiquée, et que celle tacite parvienne à sa connaissance.* » Donc le contrat, bien que formé par l'acceptation de l'offre, reste encore soumis, pour produire ses effets, à la condition que cette acceptation n'arrive pas tardivement à la connaissance du proposant. Cependant l'article 86 du projet nous indique un cas dans lequel le contrat n'est plus subordonné à la condition que nous venons d'indiquer, c'est-à-dire un cas dans lequel la théorie de la déclaration est rigoureusement appliquée :

« L'acceptation tacite de l'offre faite à un absent peut suffire quand l'offrant a admis ce mode d'acceptation. Dans ce cas il n'est pas besoin, pour la validité de l'acceptation, que celle-ci soit parvenue à la connaissance de l'offrant ¹. »

Le Code suisse des obligations a adopté, dans ses articles 5, 7 et 8, une doctrine sensiblement pareille à celle qu'a consacrée la législation allemande. Elle peut se résumer ainsi : Le contrat se forme au moment où l'acceptant se dessaisit de son acceptation. C'est donc, ici encore, le système de l'expédition qui est admis en principe. Dès cet instant, le contrat commence à produire ses effets. Mais il n'est pas définitif encore, et demeure révocable, par l'une ou l'autre partie, jusqu'au moment où l'acceptation sera connue du pollicitant. Ici encore on distingue donc l'instant où le contrat devient effectif, de celui où il devient définitif.

Jurisprudences étrangères. — Ajoutons enfin que la jurisprudence anglaise et celle des États-Unis sont à peu près unanimes pour consacrer la théorie de la déclaration ². Mais elles admettent en général aussi la faculté, pour l'acceptant, de révoquer son acceptation, pourvu que sa rétractation parvienne au proposant au plus tard en même temps que l'acceptation elle-même.

La jurisprudence danoise s'est prononcée dans le même sens ³.

¹ Voir Bufnoir, Sur le projet de Code civil pour l'Empire d'Allemagne, *Bulletin de la Société de législation comparée*, années 1888, 89, p. 156.

² Voir notamment pour la jurisprudence anglaise, une décision de la Cour du Banc de la Reine, 22 mars 1888. (*Journal de Droit international privé*, 1889, p. 318.)

³ Voir en ce sens : un jugement du 31 juillet 1884, cité dans le *Journal de Droit international privé*, 1887, p. 225.

§ 3. — III. *Système de la réception (Empfangstheorie)*. Cette théorie peut se résumer dans la formule suivante : *Le contrat se forme au moment où la lettre ou le télégramme d'acceptation parviennent à destination, c'est-à-dire au moment où ils sont remis au proposant, sans exiger que celui-ci en prenne connaissance*. Ce système se rapproche de la théorie de la déclaration, à laquelle on le rattache d'ordinaire, en ce qu'il n'exige que la simple coexistence des volontés, et non la connaissance de ces volontés. Il se rapproche de la théorie de l'information en ce qu'il place, comme elle ¹, le lieu de la formation du contrat au lieu du domicile du proposant.

Conception du consentement dans ce système. — Nous avons dit qu'il exigeait seulement, qu'à un moment donné, les volontés des deux parties existassent et fussent conformes, pour que la convention prit naissance. Quant à l'acte qui donne à la manifestation de volonté une existence juridique, le système de la réception fait un pas de plus que le précédent : ce sera seulement la réception de l'acceptation par le pollicitant. Le dessaisissement de la volonté ne suffit donc plus ; il faut un dessaisissement irrévocable. En effet, la lettre, une fois remise au destinataire, devient sa propriété exclusive, et il ne saurait en être dessaisi désormais sans sa volonté.

En définitive, ce système se pose comme un moyen terme entre les théories adverses de la déclaration et de l'information. Invoquant les textes sur lesquels s'appuie le système de la déclaration, il n'ose pas exiger la con-

¹ En principe du moins ; car ici encore le lieu de la réception de la lettre et le lieu de la prise de connaissance de cette lettre peuvent être différents ; auquel cas les deux systèmes de la réception et de l'information aboutiraient à un résultat différent, quant au lieu de la formation du contrat.

naissance réciproque des volontés, pour la formation du contrat. Mais, désirant que la volonté de l'acceptant soit bien définitive pour que son union à celle de l'offrant puisse parfaire le contrat, il attend pour fixer l'insistant de sa formation que l'acceptation soit devenue absolument irrévocable. Aussi nous paraît-il avoir été inspiré par ce double mobile : d'abord permettre à l'acceptant de se rétracter dans les mêmes conditions où l'offrant peut le faire, c'est-à-dire mettre les deux contractants sur un pied d'égalité parfaite. Puis éviter la difficulté de la preuve, qui sera toujours, en pratique, un obstacle à l'admission du système de l'information ; car il est évidemment plus difficile de prouver le moment où une lettre a été lue, que celui où elle a été remise à destination.

Doctrine et jurisprudence. — Quoi qu'il en soit, ce système n'a eu qu'un petit nombre de partisans, et n'a été qu'exceptionnellement admis par la jurisprudence.

C'était, a-t-on dit¹, le système qu'enseignait Balde quand il s'exprimait ainsi : « *Consentit tempore quo epistola pervenit ad eum cui mittitur* » (Sur la loi 1. D. *Mandati*). Il fut professé en Allemagne, d'abord par Scheurl, qui l'abandonna plus tard, puis par Emminghaus. Il a été législativement consacré par le Code prussien (1^{re} partie, t. V, §§ 96 et 105), et par le Code saxon (art. 815).

J'ajoute qu'un arrêt du tribunal de Bruges, en date du 16 mai 1890², paraît consacrer le système de la réception. Mais cet arrêt est exceptionnel, la jurisprudence belge étant à peu près uniformément fixée dans le sens de la théorie de l'information.

¹ Darquer, p. 72.

² Voir *Journal de Droit international privé*, année 1891. (Jurisprudence belge.)

§ 4. — IV. *Système de l'information, de la rescision ou de la recognition (Vernehmungstheorie)*. — C'est la théorie qui repousse le plus loin l'instant de la formation du contrat. La volonté, pour exister juridiquement, doit être connue de son destinataire. Il ne suffit donc plus que le proposant ait reçu la lettre d'acceptation, il faut encore qu'il l'ait lue. — Voici la formule qui résume cette doctrine : « *Le contrat ne se forme qu'à l'instant où le proposant prend connaissance de la lettre ou du télégramme d'acceptation.* » C'est là la théorie à laquelle nous nous rallions. Aussi n'y insistons-nous pas pour le moment, nous réservant de l'exposer en détails dans la section qui suivra.

Doctrines. — Le système de l'information a eu pour partisans :

Dans l'ancien droit : Stracchas (*Tractatus de adjecto, ultima pars*, n° 8); Grotius (*De jure belli ac pacis*, L. II chap. XI, n° 15); Voët (*ad Pandectas*, L. V, t. I, § 73).

Dans notre droit moderne : Merlin (*Répertoire* au mot : Vente, § 1^{er}, art. 3, n° 11 bis); Troplong (Vente, I, n° 22 et suiv.); Toullier (t. VI, §§ 29 et suiv.); Bugnet sur Pothier; Pardessus (*Droit commercial*, t. I, § 250); Delamarre et Le Poitvin (*Droit commercial*, t. I, §§ 99, 102 et suiv.); Massé (*Droit commercial*, t. III, n° 1453 et suiv.); Larombière (t. I, § 21); Baudry-Lacantinerie (*Droit civil*, t. II, § 797 bis); De la Bigne de Villeneuve (*Éléments de Droit civil*, t. II, pp. 827, 828).

Dans le droit étranger. En Belgique : Laurent (*Droit civil*, t. XV, n° 479; *Droit civil international*, t. VII, § 447); Maynz (*Droit romain*, t. II, § 200, n° 11); Würth (Discours de rentrée devant la Cour d'appel de Gand — *Belgique judiciaire*, t. XX, 1862, n° 89).

En Allemagne : Wachter; Mittermaier; de Vangerow;

Kant (*Éléments métaphysiques de la doctrine du droit*, traduction Tissot, § 18).

En Italie : Gabba ; Vidari et Rocco.

Jurisprudence française. — Nous l'avons déjà dit, quand le moment même de la formation du contrat est en jeu, et qu'il ne s'agit plus d'une simple question de compétence, c'est en faveur du système de l'information que la jurisprudence française se prononce le plus fréquemment. Le mobile très légitime qui la guide dans cette voie, est qu'elle veut laisser à l'acceptant le pouvoir de se rétracter, ou en d'autres termes, que le simple dessaisissement de sa volonté par l'acceptant ne lui semble pas un fait irrévocable. De nombreux arrêts ont été rendus en ce sens, voici les principaux : Caen, 7 août 1820 (S. 22, 2, 25) ; Pau, 17 avril 1852 ; Paris, 22 janvier 1853, 11 janvier 1854, 16 novembre 1855, 8 mars 1865 ; Lyon, 27 juin 1867 (S. 68, 2, 182) ; Orléans, 26 juin 1885 (D. 86, 2, 135) ; Tribunal de commerce de Marseille, 17 septembre 1885¹ ; Cour de Poitiers, 11 mars 1889² ; Rennes, 10 juillet 1889³.

Ont été rendus également dans le sens de la théorie de l'information, mais sur la question du lieu de la formation du contrat, au point de vue de l'application de l'article 420 du Code de procédure civile, les arrêts suivants : Bourges, 19 janvier 1866 (S. 66, 2, 218) ; Lyon, 29 avril 1875 (S. 75, 2, 263) ; Chambéry, 8 juin 1877 (S. 77, 2, 252).

Législations étrangères. — Ont adopté le système de l'information : Le Code civil autrichien (art. 862) ; le

¹ *Journal de jurisprudence commerciale et maritime de Marseille*, 1886, première partie, p. 5.

² *Bulletin de la Cour d'appel de Poitiers*, avril 1889, p. 103.

³ *Recueil de jurisprudence de Nantes*, 1889, 1, 228.

Code de commerce du Chili, réformé en 1881 (art. 97 et 100); le nouveau Code de commerce italien de 1882 (art. 36); le Code civil de la Louisiane (art. 1795 et 1804); le Code civil de la République argentine (art. 1154 et 1155); le nouveau Code civil espagnol du 24 juillet 1889 (art. 1262, al. 2.); et le Code de commerce roumain de 1887 (art. 35 et suiv.). Enfin M. Laurent propose ce système dans son « *avant-projet de révision du Code civil* » (art. 1051 et 1058).

Je dois à la vérité d'ajouter que, si toutes les législations que je viens de citer ont posé nettement le principe qui sert de base à la théorie de l'information, toutes n'ont pas admis les conséquences extrêmes de ce principe. Quelques-unes même, comme l'Italie, après avoir établi la règle, y ont apporté des dérogations nombreuses. Cela résulte de ce que tous les systèmes proposés peuvent entraîner des inconvénients dans la pratique, et surtout de ce que le système de l'information, quoique à notre avis plus juridique, répond moins bien, que celui de la déclaration, au besoin de célérité que demandent les affaires commerciales.

Jurisprudences étrangères. — Depuis un arrêt célèbre rendu par la Cour de Bruxelles le 25 février 1867 (S., 68, 2, 182), la jurisprudence belge admet d'une façon à peu près unanime que le contrat n'est conclu que lorsque l'acceptation est parvenue à la connaissance du proposant. Voir dans le même sens : Bruxelles, 1^{er} décembre 1884, et Liège, 22 avril 1885¹.

§ 5. — V. *Systèmes mixtes.* — D'une façon générale, on pourrait dire que la plupart des législations, qui se

¹ Pasirisie, 1885, 2, 303 et 305; *Journal de Droit international privé*, 1886, p. 369, et 1891 (sur la jurisprudence belge, en note):

sont prononcées sur la question qui nous occupe, ont adopté des théories mixtes. En effet, un petit nombre seulement, nous l'avons déjà fait remarquer, accepte toutes les conséquences du principe admis tout d'abord. Presque toutes, après avoir expressément opté entre les divers systèmes qu'a soulevés la controverse, en écartent les conséquences qui leur semblent trop rigoureuses, ou surtout trop contraires aux usages et, aux besoins du commerce. — Parmi celles qui se sont ralliées au système de la déclaration, beaucoup ont néanmoins laissé à l'acceptant la faculté de révoquer son acceptation. — Parmi celles qui ont consacré la théorie de l'information, plusieurs ont apporté de nombreuses dérogations à la règle, et notamment en ont écarté les contrats unilatéraux. A ce point de vue, il existe donc un grand nombre de théories mixtes qui, peut-être, peuvent se justifier par les nécessités de la pratique, mais qui certes ne peuvent l'être en droit. Nous ne pouvons les exposer et les discuter toutes, et d'ailleurs ce sont plutôt des théories « mitigées, » si l'on veut me permettre cette expression, que des théories mixtes à proprement parler; puisque toutes ont pris formellement parti pour l'un quelconque des systèmes existants, en en atténuant seulement les effets trop rigoureux.

Au contraire, la théorie que nous allons maintenant exposer est une théorie mixte *stricto sensu*, en ce sens qu'elle est indépendante, et ne se rattache à aucune des doctrines préexistantes. Elle a été émise en Allemagne par Windscheid ¹ et Bluhme ². Elle a exercé,

¹ *Lerhbuch des Pandektenrechts*, §§ 306 et suiv.

² *Encyclopadie*, t. II, § 266. Voir, sur cette théorie, un article de A. Rivier, dans la *Revue de Droit international et de législation comparée*, 1872, t. IV, p. 533.

nous l'avons dit, une grande influence sur la législation allemande.

Pour ces auteurs, la solution de la difficulté est complexe et ne permet pas de poser une règle générale. A chaque cas particulier il faut une solution spéciale ; d'où il résulte que ce système n'indique pas un instant unique pour la formation de tous les contrats entre absents, et ne peut se résumer dans une formule simple, comme les précédents.

Cette théorie fait une double distinction, d'abord entre les contrats unilatéraux et les contrats synallagmatiques, ensuite entre la volonté d'être créancier (stipulateur) et la volonté d'être débiteur (promettant). M. Rivier ¹ l'a résumée dans les quatre règles suivantes :

Première règle. — Contrats unilatéraux. — « La déclaration d'acceptation de la part du promettant ne le lie que dès le moment où elle est parvenue chez le stipulateur. En effet, jusqu'à ce moment, le promettant peut reprendre sa déclaration, rattraper son messenger, expédier un télégramme ou même écrire une lettre qui devancera la première lettre ou du moins arrivera simultanément ; il n'est donc pas lié, pas plus que s'il avait promis *si voluerim*. »

« Par contre, la déclaration d'acceptation de la part du stipulateur lie sur-le-champ le promettant, car les deux volontés ont concouru avec la conscience requise. Il est vrai que le stipulateur peut reprendre son acceptation jusqu'à l'arrivée chez le promettant-offrant, mais le promettant est lié par la simple déclaration du stipulateur. »

¹ *Loc. citat.* (Voir note précédente.)

Done, si l'offre émane de celui qui veut devenir créancier, par exemple si c'est le futur prêteur qui le premier écrit à l'emprunteur, le contrat ne sera formé que quand la lettre d'acceptation (de l'emprunteur) sera parvenue chez le proposant (le prêteur). C'est donc ici l'application du système de l'information, ou tout au moins de la réception.

Au contraire, si l'offre émane de celui qui veut devenir débiteur, par exemple si c'est l'emprunteur qui s'est adressé le premier au prêteur, le contrat est formé dès que l'acceptant (le prêteur) a fait sa déclaration d'acceptation. C'est donc ici l'application du système de la déclaration. Toutefois, Windscheid réserve à l'acceptant la faculté de se rétracter, pourvu que sa rétractation arrive au plus tard en même temps que l'acceptation même.

Deuxième règle. — Contrats synallagmatiques. — Ici chaque partie est à la fois débitrice et créancière, d'où la disposition suivante : « Dans le cas d'une convention bilatérale, l'offrant est lié par la déclaration d'acceptation : l'acceptant ne l'est que par l'arrivée de sa déclaration chez l'offrant. La position de l'acceptant entre l'émission et l'arrivée de son acceptation est donc analogue à la situation du pupille : *negotium claudicans*. »

Troisième règle. — Elle a trait à la faculté de révocation. « L'offre peut être révoquée jusqu'à la déclaration d'acceptation. L'acceptation peut être révoquée jusqu'à son arrivée chez l'offrant. La déclaration de révocation opère sur-le-champ, dès son expédition, et non pas seulement dès son arrivée. Mais le révoquant est tenu d'indemniser l'autre partie de tout dommage qui peut être résulté pour elle de son ignorance de la révocation (intérêt négatif). »

Quatrième règle. — « En cas d'acceptation tacite, celui auquel l'offre est faite, est lié par l'achèvement de l'acte qui manifeste sa volonté d'accepter. »

Critique. — On peut objecter à ce système, tout d'abord, que la double distinction qu'il établit entre les contrats unilatéraux et bilatéraux, entre le promettant et le stipulant, ne semble guère fondée en droit. Puis il aboutit à cette conséquence que nous ne pouvons admettre, c'est qu'à un moment donné l'une des parties est définitivement engagée, tandis que l'autre ne l'est pas encore. L'argument qu'invoque Windscheid, pour se justifier sur ce point, est que la « déclaration d'acceptation est un acte personnel et essentiellement unilatéral du déclarant; » d'où il conclut qu'elle demeure révocable tant qu'elle n'est pas parvenue au proposant. D'accord; mais alors pourquoi décider que le proposant est tenu dès l'instant de cette déclaration, si l'acceptant reste encore maître de l'anéantir? De deux choses l'une : ou le contrat est formé, et alors les deux parties sont irrévocablement engagées; ou il ne l'est pas, auquel cas elles ne le sont ni l'une ni l'autre. Entre ces deux extrêmes nous ne voyons pas la place d'un moyen terme.

Nous ne discuterons pas davantage cette théorie, qui compte très peu de partisans. D'ailleurs elle emprunte, nous l'avons vu, à chacun des systèmes existants, les solutions qui lui conviennent, et s'expose ainsi à toutes les critiques que ces systèmes ont soulevées. En les discutant, nous montrerons par là même les inconvénients de la théorie de Windscheid.

§ 6. — VI. — *Système de Köppen*¹. — Le Dr Albert

¹ Voir sur ce système un article de A. Rivier, dans la *Revue de Droit international et de législation comparée*, année 1872, t. IV, p. 533.

Kœppen commence par rejeter les différentes théories proposées jusqu'à ce jour; puis il cherche à les remplacer par un système nouveau, ou plutôt ancien, car il prétend que c'était celui admis par le droit romain et qu'on a constamment méconnu depuis lors.

M. Kœppen considère donc le droit romain comme absolu, comme « la vraie raison écrite », et il y cherche le remède aux exigences actuelles des affaires.

Voici comment peut se résumer cette théorie : Le contrat est un concours de deux actes juridiques : l'offre et l'acceptation. L'offre est la promesse d'une prestation ; l'acceptation est le consentement à cette promesse. Or l'offre a, par elle-même, un caractère obligatoire : c'est une convention sous condition d'acceptation, ou, d'après l'expression même de M. Kœppen, c'est « *une délation d'obligation faite sous condition d'acceptation,* » comparable au droit d'obligation déferé par legs et acquis *quasi ex contractu* par l'acceptation.

La proposition est donc, dans ce système, une convention conditionnelle; et son acceptation n'est que l'accomplissement de la condition suspensive à laquelle était subordonnée la convention.

Or le résultat de cette idée, en vertu de l'effet rétro-actif de la condition, est de faire remonter la formation du contrat au moment même où la proposition a été faite, et de faire du lieu de l'offre le lieu du contrat.

Critique. — Tout d'abord les nombreux textes du Droit romain qu'invoque le docteur Kœppen sont loin d'être aussi probants qu'il le prétend. En fait, nous l'avons constaté au début de cette étude, les jurisconsultes romains n'avaient jamais soulevé cette question. Puis cette idée, que le Droit romain n'a pas pu consacrer de principes incompatibles avec les exigences

actuelles des affaires, nous semble au moins très contestable. Enfin le point de départ de la théorie de Kœppen, qui considère la proposition comme obligatoire, est en opposition absolue avec cette règle fondamentale, que nous avons précédemment posée, et d'après laquelle la promesse non encore acceptée ne saurait obliger son auteur. Pour ces diverses raisons, nous rejetons la théorie de Kœppen, qui ne compte d'ailleurs guère de partisans aujourd'hui.

SOUS-SECTION III

NOTRE SYSTÈME — THÉORIE DE L'INFORMATION

§ 1. — Le système de l'information, nous l'avons maintes fois répété, exige plus que la simple coexistence des volontés : il veut leur concours ; il veut que les volontés des parties se touchent et se saisissent réciproquement. Il faut donc, qu'à un moment donné, chacun des contractants sache ce que veut l'autre et le veuille comme lui ; et c'est à cet instant seulement que le contrat prendra naissance. Le lieu de la formation du contrat, dans notre système, est donc en principe le domicile du proposant ; en tous cas, le lieu où le proposant, après avoir reçu la lettre d'acceptation, en a pris lecture.

§ 2. — Avant d'exposer les principes, qui servent de base à la théorie de l'information, nous allons résoudre de suite la question des textes.

Ceux qu'on nous oppose sont les articles 1101, 1121, 1984 et 1985 du Code civil. Nous avons indiqué les

arguments qu'on voudrait en tirer. Nous allons essayer d'y répondre.

M. Demolombe¹ dit que l'article 1101 n'exige pour la formation du contrat « que la *convention*, c'est-à-dire la *coexistence* simultanée des deux volontés. » Cependant, quelques lignes plus haut, M. Demolombe disait que le contrat « est une espèce de convention, qui se forme par le *concours* des deux volontés. » Or, nous le savons, les deux systèmes de la déclaration et de l'information se distinguent précisément en ce que l'un se contente de la coexistence des volontés, tandis que l'autre réclame leur concours. Cette contradiction apparente du maître vient de ce qu'on a toujours admis que le contrat ne se formait que *par le concours* des volontés. Seulement aucune définition ne précise ce qu'il faut entendre au juste par là, et c'est dans les expressions mêmes de : « convention » et de « consentement » que les partisans des deux systèmes opposés ont cherché une solution à la difficulté ;

Voyons donc le sens étymologique de ces termes : Des mots « consentement », de *cum sentire*, *sentire cum alio* ; « convention », de *cum venire* ; et « concours », de *cum currere*, ressort la double idée d'un mouvement et d'une réunion. Reste à déterminer à laquelle des deux parties s'applique cette idée de mouvement ? Peu importe d'ailleurs qu'il s'agisse du déplacement matériel d'un contractant, allant vers l'autre pour s'entendre avec lui, ou qu'il s'agisse, au figuré, du mouvement d'une volonté qui va de son auteur chez son destinataire. Or il nous semble que si cette idée de mouvement ne s'applique pas aux deux parties à la fois, — et, en fait, il

¹ Demolombe, t. I des Contrats, § 75.

en pourrait bien être ainsi, ^{mais} elle s'applique du moins beaucoup plutôt à la volonté de l'acceptant qu'à celle du proposant. Quand on songe à un contrat qui va se former, on se place toujours à cet instant où l'offre étant faite, on n'attend plus que l'acceptation à se produire. C'est à ce moment, en effet, que l'acceptant, mis en éveil par l'offre faite, doit consentir, apporter son concours à l'acte, pour que le contrat prenne naissance. C'est donc sa volonté qui doit *venire cum, currere cum*, faire un mouvement vers celle du proposant. Et ce mouvement n'est pas suffisant, car la particule « *cum* » exige une réunion, réunion qui ne se peut plus produire que chez le proposant, puisque la volonté de l'acceptant, en acquérant une existence juridique, s'est séparée de lui. Si cette idée de mouvement ne s'appliquait qu'à la volonté du proposant, les expressions de « convention », de « concours » ne diraient rien, car combien de fois cette volonté va-t-elle s'offrir sans rencontrer une autre volonté qui y concorde.

Les observations que nous venons de faire, sans doute, sont très subtiles, mais du moins nous ne les avons pas cherchées. Nous n'avons voulu que répondre à une objection qui nous était faite. La conclusion que nous en tirons n'est que celle-ci : Si l'on veut à toute force chercher un argument dans l'expression même de « convention », cet argument tournera bien plutôt en faveur de notre système qu'à son encontre.

§ 3. — La plupart des partisans de la déclaration nous opposent l'article 1121 du Code civil, qui ne parle que d'une acceptation, sans exiger que celle-ci soit connue du proposant.

On a objecté à ce texte qu'il s'appliquait, non aux

stipulations en général, mais uniquement à la stipulation pour autrui ; que c'était là une pure libéralité faite au profit d'un tiers ; et que la règle applicable aux actes à titre gratuit ne l'était pas aux actes à titre onéreux.

Nous écartons cette raison, d'abord parce que la stipulation pour autrui peut n'être pas toujours une libéralité, puis parce que la distinction sur laquelle on s'appuie ne nous paraît pas très fondée. Mais voici des arguments qui nous semblent plus sérieux. Le but direct de la disposition finale de notre texte est de bien spécifier que ce qui fait naître le droit du tiers, ce n'est pas l'accord des parties sur le contrat principal, mais bien l'acceptation par le bénéficiaire lui-même de la clause accessoire stipulée à son profit. Le contrat principal est conclu, mais cela ne suffit pas : il faut encore que la stipulation soit acceptée par son bénéficiaire, pour produire ses effets. On peut ajouter que rien n'indique, dans les termes de notre article, que le législateur supposait le tiers éloigné des contractants ; il n'avait donc pas à préciser si, en cas d'éloignement du tiers bénéficiaire, la simple déclaration d'acceptation de celui-ci était suffisante, ou s'il fallait de plus sa connaissance par le stipulant. En un mot, l'article 1121 exige une acceptation, mais sans prévoir si elle se produit entre présents ou entre absents, et dès lors sans trancher la question qui nous intéresse.

§ 4. — L'article 1984, alinéa 2, pour le cas d'acceptation expresse, et l'article 1985, alinéa 2, pour le cas d'acceptation tacite par voie d'exécution, ne parlent que de l'acceptation même, et non de sa prise de connaissance par le mandant.

Si les textes qu'on nous oppose avaient le sens qu'on

leur attribue, nous pourrions encore objecter que le principe ainsi posé dans un seul endroit du Code, et spécialement à l'occasion du contrat de mandat, est une exception particulière. De cette unique mention d'un principe important, loin de conclure, comme nos adversaires, qu'elle constitue la règle générale, évidemment applicable dans tous les cas, nous concluons au contraire qu'elle constitue une dérogation à la règle générale, et qu'il la faut, comme telle, restreindre strictement dans ses termes.

Mais il est inutile de faire appel à cette raison; en fait, les textes invoqués sont loin de dire ce qu'on voudrait y trouver. En effet, l'article 1984, alinéa 2, déclare simplement que le « contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire, » c'est-à-dire qu'il n'y a pas de mandat tant que le mandataire n'a pas adhéré à la proposition qui lui était faite, ou, si l'on veut, que nul ne peut imposer un mandat à une personne, sans la volonté de celle-ci. Il n'a vraisemblablement en vue que l'hypothèse d'un mandat donné entre personnes présentes, auquel cas l'acceptation est aussitôt connue qu'exprimée; et d'ailleurs, il ne parle que de l'acceptation même, et non de sa déclaration ou de sa connaissance. En le rédigeant, le législateur ne songeait évidemment pas à notre question. Quant à la précaution qu'il a prise ici d'indiquer la nécessité de l'acceptation du mandataire, elle s'explique par la nature même du rôle que joue ce mandataire. En fait, c'est lui qui parle et qui agit; mais en droit, c'est le mandant; et le mandataire n'est qu'un instrument; il représente le mandant : *qui mandat ipse fecisse videtur*. Aussi la loi s'occupe-t-elle surtout du mandant; elle veut qu'il soit capable, tandis que le mandataire peut être une femme,

même un mineur émancipé (art. 1990). Tout ce que la loi exige du mandataire, c'est qu'il accepte, expressément ou même tacitement, le mandat qui lui est confié, et cela pour éviter que ce mandataire, pris n'importe où et plus ou moins capable et sûr, ne se joue du mandant.

L'article 1985, alinéa 2, est-il plus précis? Oui, en apparence; car il prévoit aussi bien le cas d'un mandat accepté à distance que celui d'un mandat donné entre personnes présentes. Aussi, suivant la remarque de M. Laurent ¹, ne suffirait-il pas, pour écarter ce texte, de dire « qu'il suppose une exécution qui se fait au vu et au su du mandant, » et que le législateur avait surtout en vue le mandat tacite, si fréquent, que le mari donne à la femme, dès l'instant où le mariage est célébré, de diriger le ménage et de passer en son nom les engagements à ce nécessaires. L'article 1985 est aussi général que possible, et, en le rédigeant, le législateur songeait à la possibilité de conclure un mandat entre absents, même par correspondance, comme l'indique le début du texte : « le mandat peut être donné..... même par lettre. » Seulement, il n'a très certainement pas eu l'intention de fixer l'instant de la formation de ce contrat.

Le paragraphe 2 de notre article nous dit que l'acceptation du mandat peut n'être que tacite, et résulter de l'exécution qui y est donnée. Or, suivant l'observation très juste de M. Mourlon ², cette partie du texte a été placée ici et rédigée par antithèse avec la disposition de son alinéa premier. L'article 1985 déclare, en

¹ Laurent, *Droit civil*, t. XV, n° 479.

² F. Mourlon, *Droit civil*, t. III, § 1082.

effet, tout d'abord, que le mandat se donne par acte, par lettre, ou verbalement, c'est-à-dire que l'offre de mandat doit être expresse ; puis il ajoute, par opposition, que l'acceptation peut n'être que tacite et résulter de la simple exécution. « *L'acceptation peut n'être que tacite,* » on l'oppose donc à l'offre qui doit être expresse ; cela résulte de l'expression employée : « peut n'être que ; » s'il en eût été autrement, le texte serait ainsi rédigé : « L'acceptation peut être expresse ou tacite » ou « l'acceptation peut être tacite. » Quant à la fin de la phrase : « et résulter de l'exécution, » elle est mise là à titre d'exemple d'acceptation tacite. En tous cas, ce qui est certain, c'est que notre texte, tout en déclarant que l'exécution du mandat peut valoir acceptation du mandataire, ne précise pas du tout si le seul fait de l'exécution suffit à lui donner cette valeur, ou s'il faut de plus la connaissance de cette exécution. En fait, il parle de l'exécution comme il parlait de l'acceptation dans l'article précédent, en elle-même, et sans nous dire quel fait transforme la volonté en acceptation juridique.

§ 4 bis. — Reste l'article 1290 du Code civil. — A l'objection qu'on ne saurait être lié par un contrat qu'on ignore, Molitor ¹ oppose ce texte, aux termes duquel la compensation s'opère par la seule force de la loi, *même à l'insu des débiteurs*.

Cette réplique, faite à une de nos objections, nous touche assez peu. Aucune assimilation n'est possible entre les deux cas ; il s'agit, en effet, ici, d'une dette qui s'éteint et non d'une obligation qui prend naissance. Or, si le consentement des parties est

¹ Molitor, *Obligations en Droit romain*, t. I, § 49.

toujours nécessaire pour qu'un contrat puisse se former, il ne l'est pas toujours pour que l'obligation, une fois née, disparaisse. C'est ainsi que le créancier ne peut pas, en principe, refuser le paiement qui lui est offert par un tiers non intéressé. Or la compensation, qu'on le remarque bien, peut opérer non seulement à l'insu des parties, mais encore contre leur gré, ou du moins contre le gré de l'une d'elles. Donc, non seulement la connaissance de la compensation n'est pas exigée des parties pour qu'elle produise effet, mais leur consentement même n'est pas requis. On voit par là qu'aucune assimilation n'est possible entre la formation d'un contrat, qui repose sur le concours des volontés, et l'extinction d'une dette, qui peut se produire malgré ces volontés.

§ 5. — Nous venons de voir que les divers textes qu'on nous oppose n'ont jamais eu pour but de trancher la question qui nous occupe. Même, si l'on ne veut qu'y chercher la nature intime du consentement, telle qu'ont dû la concevoir les rédacteurs du Code civil, il n'en peut résulter aucun argument contre nous. Par contre, les partisans du système de l'information opposent à tous ces textes un autre article du Code civil qui, lui, est certes beaucoup plus précis, et sur lequel on fait en général beaucoup de fond. C'est l'article 932.

Voici le résumé de ce texte : La donation entre-vifs n'engage le donateur que du jour où elle a été acceptée. Cette acceptation doit être expresse ; elle peut être faite dans l'acte de donation lui-même, ou par acte séparé. Si elle a lieu par acte séparé, elle devra être faite dans les formes légales, et, de plus, être notifiée au donateur. C'est seulement du jour de la notification qu'elle produira ses effets.

Nous avons dit que ce texte était très précis; en effet, contrairement à ceux invoqués contre nous, il prévoit expressément et séparément le cas où le contrat est conclu entre présents et celui où il l'est entre absents, et il distingue bien l'acceptation elle-même de sa notification. Au cas où le donataire, éloigné du donateur, aura accepté par acte séparé, son acceptation ne suffira pas pour parfaire le contrat, il faudra de plus la notification de cette acceptation, c'est-à-dire la connaissance par le pollicitant de l'acceptation du donataire.

De nombreuses objections ont été faites à l'argument que notre système tire de ce texte. La règle qu'il pose, a-t-on dit, ne doit pas être étendue, c'est une disposition exceptionnelle dont on ne peut argumenter, car elle n'a trait qu'à un seul contrat, et à un *contrat solennel* : la donation. — A cette critique, M. Laurent¹ répond en ces termes : « L'objection confond la solennité, avec le fait juridique qui doit être exprimé dans une forme solennelle. Ce qu'il y a de solennel dans l'acceptation, c'est la forme authentique dans laquelle elle doit se faire; ce qu'il y a de solennel dans la connaissance que le donateur doit avoir de l'acceptation, c'est qu'elle doit lui être notifiée par un acte d'huissier; mais certes, l'acceptation n'est pas une solennité particulière à la donation, ni, par conséquent, la connaissance que le donateur doit avoir de l'acceptation. » Donc, ce qu'il y a de particulier à la donation, et cela s'explique par la défaveur avec laquelle le législateur a toujours vu ce contrat, c'est la forme dans laquelle l'acceptation sera portée à la connaissance du donateur, c'est-à-dire la notification de cette acceptation; mais en exigeant la

¹ Laurent, *Droit civil*, t. XV, n° 479, pp. 550 et suiv.

connaissance même de l'acceptation, notre texte ne fait qu'appliquer un principe général.

De ces mots de l'article 932 : « La donation n'aura d'effet, à l'égard du donateur, » on tire un nouvel argument contre nous. « A l'égard du donateur, » dit-on, donc il en est autrement à l'égard du donataire. A l'égard du donateur, il est vrai, la donation n'existe que du moment où l'acceptation lui a été notifiée ; mais à l'égard du donataire elle existerait dès l'instant de son acceptation, seulement elle serait soumise à la condition suspensive de la notification. Puis cette condition, une fois accomplie, rétroagirait au jour de l'acceptation, en sorte que de ce jour même la donation serait réputée parfaite à l'égard du donataire. — Nous répondons qu'un argument *a contrario* n'est jamais bien probant, et qu'il n'a aucune valeur quand on prétend en tirer une conclusion contraire aux principes. En effet, un contrat est une opération à double face, qui ne peut pas exister pour l'une des parties seulement. Si l'attention du législateur s'est portée principalement sur le donateur, c'est qu'il est le plus directement intéressé dans l'affaire. et que, le plus souvent, lui seul est obligé par la donation. En déclarant que la donation n'a d'effet, à l'égard du donateur, que du jour où l'acceptation du donataire lui a été notifiée, il a voulu dire que jusque-là le donateur n'est pas lié. Or, si le donateur n'est pas lié, il est évident que le donataire n'a aucun droit, puisque son droit ne résulte que de l'obligation du donateur : « Nier l'obligation du donateur, dit M. Baudry-Lacantinerie ¹, c'est nier le droit du donataire. Comment comprendre un contrat qui existerait pour l'une des parties

¹ Baudry-Lacantinerie, *Précis de Droit civil*, t. II, § 463.

sans exister en même temps pour l'autre? Un contrat existe, ou n'existe pas; il ne saurait exister à demi. »

Prétend-on encore, avec M. Demolombe ¹, qu'à l'égard des tiers, « la donation aura effet dès qu'elle aura eu lieu et indépendamment de toute notification? » M. Valéry ² dit dans le même sens : « De même que, pour devenir efficace à l'égard des tiers, la donation d'immeubles a besoin d'être transcrite, de même la notification de l'acceptation est nécessaire pour lui donner effet à l'égard du donateur. Mais la nécessité d'accomplir cette formalité n'empêche pas le contrat de devenir parfait, sous cette condition, au moment de l'acceptation; d'où il suit, qu'à l'égard de tous autres que l'auteur de la libéralité, elle produit effet dès qu'elle a été acceptée et indépendamment de toute notification. » — Il nous semble que la comparaison n'est pas très exacte. En effet, pour que la donation d'immeubles soit opposable aux tiers, la loi veut, non seulement que cette donation soit devenue parfaite entre les parties, mais encore qu'elle ait été l'objet d'une transcription. Comment donc conclure de là que la donation de meubles sera opposable aux tiers, avant de l'être aux parties elles-mêmes, ou du moins, si l'on admet que la notification n'est exigée qu'à l'égard du donateur, avant de l'être à l'une des parties? De ce qu'il faut plus que le simple engagement réciproque des parties, pour que la donation de meubles ait effet à l'égard des tiers, nous ne voyons pas comment on peut conclure que la donation de meubles aura effet à l'égard des mêmes tiers, avant que les parties ne soient définitivement liées.

¹ Demolombe, t. I des Contrats, § 73.

² Valéry, *loc. citat.* § 160 *in fine*.

Nous ajoutons que l'interprétation que nous donnons à l'article 932 est consacrée par la jurisprudence de la Cour de cassation. En effet, la Cour suprême décide que la notification de l'acceptation doit être faite du vivant du donateur : La donation serait nulle si l'acceptation, bien que faite avant la mort du donateur, n'était notifiée qu'à ses héritiers¹ ; d'où il résulte que le contrat de donation ne prend naissance qu'au moment même de la notification.

Enfin on nous objecte encore² que l'article 932, en exigeant la notification de l'acceptation du donataire, n'indique pas par cela seul que cette acceptation doit être connue du donateur. En effet, en pratique, la notification a lieu par acte d'huissier qui se fait à personne ou à *domicile*, et, pour ce second cas, le texte ne précise pas si la notification doit être connue du donateur. — Que la notification soit souvent, dans la pratique, faite à *domicile*, d'accord ; mais il reste à savoir si, en s'en contentant, on satisfait au vœu de la loi, dans notre espèce particulière. Or, le texte semble plutôt exiger la notification à la personne même, quand il dit du donateur que l'acceptation doit « *lui* » être notifiée. D'ailleurs, ce qu'il faut surtout considérer, c'est la pensée du législateur, et nul n'a songé à contester que, dans sa pensée, il n'eût en vue la connaissance même de l'acceptation.

Que conclure de tout ce qui précède ? Nous ne croyons pas que l'article 932 soit assez précis pour trancher définitivement la question. Il n'a, évidemment, trait qu'à un contrat spécial, la donation, contrat solen-

¹ Cassation, 30 juillet 1856 ; 18 novembre 1861 (S. 62, 1, 89).

² G. Cousin, *Les contrats entre absents* (thèse), pp. 185 et suiv.

nel, et que le législateur n'a jamais vu avec faveur. On ne peut donc pas dire qu'il pose une règle générale. — Le législateur ne s'est jamais préoccupé de la question qui nous occupe, ce qui s'explique par le peu de développement des contrats par correspondance au début du siècle; et d'ailleurs, s'il avait voulu la trancher, ce n'est certes pas en traitant de la donation qu'il l'eût fait. Seulement, ayant dans un cas particulier à s'occuper de l'échange des consentements, et songeant alors à la possibilité d'un contrat passé entre personnes éloignées, il a laissé entrevoir quelle conception il se faisait de ce consentement.

C'est donc seulement une tendance du législateur, la conception qu'il s'est faite sur la nature intime du consentement, qui ressort de notre texte. Et, à ce titre, il a une réelle valeur dans la controverse. Mais il n'est pas suffisant, et il nous faut nous-mêmes analyser ce consentement pour arriver à une solution certaine. C'est ce que nous allons faire maintenant.

§ 6. — *Analyse du consentement.* — On a vivement critiqué la disposition de l'article 1108 du Code civil, aux termes duquel la première condition essentielle à la validité d'une convention est « le consentement de la partie qui s'oblige. » Le Droit romain, dit-on, était plus exact en exigeant le *duorum in idem placitum consensus*; car, en fait, le consentement du futur créancier est aussi indispensable que celui du futur débiteur. — Ces critiques ont peut-être été un peu exagérées. L'article 1108 a eu le tort de ne se placer que dans la majorité des cas, au lieu de les prévoir tous. En effet, au point de vue des contrats synallagmatiques, l'une et l'autre partie contractant une obligation, exiger le consente-

ment de la partie qui s'oblige, c'est exiger le consentement des deux. — Au point de vue des contrats unilatéraux, il a prévu seulement *id quod plerumque fit*. En effet, c'est en général le futur créancier qui prend l'initiative du contrat; par ce fait seul qu'il fait la proposition, il manifeste sa volonté, et n'a plus ultérieurement à consentir à nouveau; le consentement du futur débiteur suffira à parfaire le contrat.

Quand nous voulons songer à un contrat qui va naître, notre pensée se place de suite, nous l'avons déjà fait remarquer, au moment où, l'offre étant faite, on n'attend plus que l'acceptation à se produire. Et il ne saurait en être autrement, car, avant la proposition, aucun pas n'est encore fait dans la voie de la convention; et, après l'acceptation, il ne s'agirait plus d'un contrat à venir, mais d'un contrat conclu. Le législateur a été guidé par cette idée; il a pris le contrat au moment où il est en puissance, si je puis ainsi parler, et, s'occupant alors de l'acceptant, qui à ce moment est la partie la plus intéressante, il a exigé seulement « le consentement de la partie qui s'oblige. »

Malheureusement il s'est arrêté là et, ne songeant qu'à la règle générale, c'est-à-dire au contrat conclu entre présents, il n'a pas pris soin de déterminer, pour le cas de consentement échangé entre absents, ce qui donne à la volonté de l'acceptant sa valeur juridique.

Faut-il le demander à la doctrine? — Quand elle laisse de côté la question du contrat entre absents, elle est unanime à admettre un *concours* de volontés, et un *concours* qui semble aller parfois jusqu'à la connaissance des volontés, même quand c'est un ennemi du système de l'information qui parle. Le Droit romain disait déjà : « *consentire est in unam eandemque sententiam concurrere.* »

— M. Demolombe, partisan de la déclaration, avoue « qu'on ne pourrait pas comprendre la formation du contrat sans le concours de deux volontés. » — « L'article 1108, dit Domat plus explicite encore, exige le consentement mutuel donné et arrêté réciproquement. » — « Le mot consentement, d'après Mourlon, indique toujours un concours de volontés ; consentir, c'est adhérer à une proposition qui nous est faite. Quand je veux tout seul je ne consens point. » — « Je puis bien vouloir seul, mais je ne puis pas consentir seul, dit M. Baudry-Lacantinerie, puisque le consentement est un concours de volontés. » — Enfin M. Van Wetter¹ dit que les expressions mêmes « de *consentire*, *consensus*, » supposent une « communauté de sentiments. »

Cette admission traditionnelle et quasi unanime de la nécessité du concours des volontés, pour que le contrat prenne naissance, tranche-t-elle définitivement la question en faveur du système de l'information ? Il semblerait qu'il en fût ainsi, puisque notre système se fonde justement sur le concours des volontés ; mais cela n'est pas, parce que ce concours n'indique pas, d'une façon évidente, la nécessité d'une connaissance réciproque de ces mêmes volontés. Aussi nos adversaires prétendent-ils que le concours existe dès que l'acceptation s'est produite. Écoutons M. Guillouard², partisan de la théorie de l'expédition : « Le contrat de vente, comme tout contrat consensuel, se forme par le concours des volontés.... or ce concours des volontés, cette *rencontre* de la volonté du vendeur et de celle de l'ache-

¹ Van Wetter, *Obligation en Droit romain*, t. II, § 92. p. 101.
Van Wetter est partisan du système de l'information.

² Guillouard, *Vente*, t. I, §§ 15 et 16.

teur ont eu lieu lorsque celui, auquel l'offre a été faite, a déclaré, d'une manière irrévocable, l'accepter. A ce moment précis, le vendeur veut vendre, l'acquéreur acheter : tous deux sont d'accord sur la chose, sur le prix et sur les conditions de la vente ; que manque-t-il donc au contrat pour qu'il soit parfait ? »

Laissons pour un instant l'idée de concours des volontés, puisque les divers systèmes ne s'entendent pas sur le sens du mot. De la citation précitée, il résulte tout au moins qu'il faut une *rencontre* des volontés, « un lieu de rendez-vous, » comme on l'a dit. D'ailleurs les mots « consentement, convention, » exigent forcément cette union. Or, où se produit-elle dans le système de la déclaration ou de l'émission ? chez l'acceptant, au moment où il exprime sa volonté, ou du moins s'en dessaisit. D'accord, en principe. Mais il y a des cas où les choses ne se passent pas ainsi, et, quoique assez rares, il suffit qu'ils puissent se produire pour renverser tout le raisonnement.

Nous faisons allusion à une hypothèse que, plusieurs fois déjà, nous avons eu occasion de citer : celle où les propositions se croisent. Les deux contractants ont pris l'un et l'autre, et à peu près au même instant, l'initiative du contrat ; les deux lettres, par hypothèse absolument concordantes, se sont croisées en cours de route. Le système de la déclaration, pour être logique, doit forcément placer l'instant de la formation du contrat au moment où la plus tardive des deux lettres est écrite ; et celui de l'émission, au moment où elle est jetée à la poste¹. Mais alors, où trouve-t-on la rencontre des vo-

¹ C'est en effet là ce qu'admettent généralement les partisans de la déclaration et de l'émission. Voir Girault, § 124, p. 180.

lontés, leur réunion ? pas chez l'acceptant (c'est-à-dire celle des parties qui a manifesté la dernière sa volonté), car il n'avait pas connaissance de l'offre ; et pas chez l'offrant, puisque le contrat était formé, d'après nos adversaires, avant qu'il ait reçu l'acceptation. Dans cette hypothèse, le contrat prendrait donc naissance, non seulement sans que les volontés se connaissent réciproquement, mais encore sans que l'une quelconque des parties connaisse la volonté de l'autre ; donc à l'insu des deux contractants. Ce qui nous conduit à ce résultat qu'un contrat peut se conclure sans « le consentement de la partie qui s'oblige ; » en effet, à aucun instant l'une des parties n'a pu être d'accord avec l'autre, *sensu cum alio*, puisqu'à aucun instant l'une d'elles n'a su ce que voulait l'autre.

Nous est-il permis de pousser plus loin les choses ? Supposons que les deux propositions concordantes étaient l'une et l'autre faites à des personnes indéterminées. (Notre hypothèse est plutôt théorique ; mais elle peut se produire, et cela suffit pour que le raisonnement que nous en tirons soit exact.) Dans une même ville, deux commerçants font distribuer des circulaires aux passants ; l'un annonce qu'il a à vendre des fûts vides, de telle sorte, ayant déjà servi, et avec indication du prix de vente ; l'autre demande à acheter des fûts vides de même sorte et au même prix. Dans le système que nous combattons, il semble bien que le contrat doive être formé dès l'instant où la seconde des circulaires a été rédigée, ou du moins dès l'instant où elle a été remise à l'agent de transport chargé de la distribuer. Et alors on se trouve dans cette singulière hypothèse d'un contrat conclu entre deux personnes qui peut-être ignorent chacune jusqu'à l'existence de l'autre ; et, qui mieux est, d'un contrat qui restera peut-être

toujours ignoré des contractants, si les deux circulaires n'arrivent jamais à la connaissance réciproque de leurs auteurs. — Proteste-t-on contre ce résultat ? Pourquoi ? Une offre peut parfaitement être adressée à une personne indéterminée, nous le savons. Une volonté exprimée sous forme d'offre peut parfaitement devenir dans la suite une acceptation, nous le savons encore ; en effet, si on peut discuter l'instant où se forme le contrat né de deux propositions concordantes qui se croisent, on ne peut pas nier la validité même de ce contrat ; or, il faut bien que l'une des propositions acquière un jour la valeur juridique d'une acceptation, puisque tout contrat suppose une offre et une acceptation. Dira-t-on alors que le contrat n'a pas pu se former parce qu'il faut au moins que l'une des parties sache ce que veut l'autre ? Mais non, puisqu'au cas où ces propositions sont personnelles, faites par lettres adressées réciproquement par l'une des parties à l'autre, le contrat se forme au moment où la deuxième lettre est écrite ou expédiée, donc à un moment où les deux contractants, s'ils ne s'ignorent pas, ignorent du moins leur volonté. D'ailleurs dans notre hypothèse, comme dans celle citée par M. Guillaouard, les deux parties, tout en s'ignorant, sont d'accord sur la chose, sur le prix et sur les conditions de la vente, et nous demandons aussi ce qui, dans le système de la déclaration ou de l'émission, manque encore au contrat pour qu'il soit parfait ?

Et pourtant on conçoit qu'une convention ne se puisse former dans les conditions que nous venons d'établir. Les volontés coexistent bien, mais on sent qu'il manque encore quelque chose pour que le contrat naisse. Et ce quelque chose, c'est ce que Kant appelle « la possession de l'arbitre d'une personne ; » ce que l'on désigne par l'expression commune de concours des volontés ; et

qui ne consiste en somme que dans la connaissance réciproque de ces volontés.

§ 7. — Nous rappelons ici ce que nous avons dit précédemment sur la manifestation de la volonté¹. Nous avons montré que ce qui donne à une volonté une existence juridique, ce n'est pas le seul fait par son auteur de l'exprimer, ni même de s'en dessaisir, mais seulement la connaissance qu'en prend son destinataire. Je veux vendre, je manifeste mon intention à un ami, j'écris à un tiers pour lui proposer l'objet que je mets en vente, je jette ma lettre à la poste ; dans tous ces cas il y a volonté exprimée, mais il n'y a pas d'offre. Celle-ci n'existera que quand son destinataire en aura pris connaissance. La volonté est relative, elle n'a pas de valeur en soi ; elle ne se transforme en proposition juridique que dans la personne de celui qui peut l'accepter. La volonté est l'œuvre d'une seule personne ; l'offre suppose l'action de deux agents, son auteur et son destinataire. — On accepte cette idée, mais on ne veut pas l'étendre à l'acceptation. Il ne faut pas, dit-on, chercher à assimiler l'acceptation à l'offre ; ce sont bien deux manifestations de volonté, mais d'une nature toute distincte. En effet l'acceptation se produit à une époque différente de l'offre ; elle suppose de plus la connaissance de cette offre ; enfin au moment où elle se produit elle rencontre l'offre faite, et par son union avec elle forme le contrat.

Est-il bien exact que l'acceptation soit d'une autre nature que l'offre ? Nous ne le croyons pas. En elles-mêmes, aucune différence ne les sépare : l'une est la manifestation de la volonté de celui qui propose, comme

¹ Deuxième partie, chap. II, section I, §§ 3 et suiv.

l'autre est la manifestation de la volonté de celui qui accepte. La preuve est, qu'en étudiant l'offre et l'acceptation, nous avons vu qu'il est parfois difficile, entre plusieurs manifestations de volonté, de savoir quelle est l'offre véritable; que, dans d'autres cas, une volonté, qui semblait une acceptation venant répondre à une offre déjà faite, n'était souvent qu'une offre nouvelle modifiant la première, et exigeant une nouvelle acceptation de la part du premier proposant; enfin nous avons constaté que, lorsque l'offre d'acheter et celle de vendre se croisaient, il était bien difficile de savoir à quelle partie donner la qualité d'offrant ou celle d'acceptant, toutes deux ayant eu en fait l'initiative du contrat. Donc, par leur nature intime, l'offre et son acceptation sont deux manifestations de volonté de même sorte, et qu'une question de priorité distingue seule l'une de l'autre.

En tous cas, nous objecte-t-on encore, si l'acceptation est de même nature que l'offre, du moins produit-elle un résultat différent; car, au moment où elle se manifeste, sa rencontre avec l'offre engendre le contrat. Ceci encore n'est pas exact. Tout d'abord, nous avons vu que la volonté, qui aura un jour la valeur d'une acceptation, peut se produire avant ou en même temps que l'offre, en tous cas avant de connaître cette offre; ce qui empêche la rencontre immédiate qu'on nous oppose. De plus, en supposant que cette rencontre se produise de suite, cela ne veut pas dire que le contrat naît aussitôt, car c'est justement là le point contesté, qu'il s'agit de prouver. Enfin il n'est même pas vrai de dire que l'acceptation forme le contrat. Ce n'est pas l'acceptation seule qui forme le contrat, c'est l'acceptation concourant avec la sollicitation, ou si l'on veut, c'est l'union des deux volontés des contractants. Or ces volontés, étant de même

sorte, nous l'avons prouvé, n'existent l'une et l'autre que quand elles sont réciproquement connues de leurs destinataires. D'où il résulte que le contrat ne sera formé que lorsque chacune des parties aura eu connaissance de la volonté de l'autre, et par là même dans l'instant et dans le lieu où la dernière de ces volontés sera connue, c'est-à-dire en général au domicile du proposant au moment même où il lira la lettre de l'acceptant.

§ 8. — Cette conception est la seule qui réponde exactement à la notion philosophique du consentement, et aux tendances de l'esprit humain. Le contrat est toujours un acte grave, qui demande toute réflexion, parce qu'il engendre un lien, et que notre état naturel est la liberté. De là résulte un premier fait, c'est que le consentement, que nous sommes appelés à donner, doit être libre comme nous; or il ne peut l'être qu'à la condition, qu'avant de donner notre adhésion, nous sachions exactement ce à quoi nous nous obligeons, même celui envers qui nous nous obligeons. Notre consentement n'est libre qu'à la condition d'être éclairé. C'est pour cela que le fou ne peut pas contracter; et que la loi protège ceux qu'elle considère comme incapables. C'est pour cela aussi que le sourd, en Droit romain, n'était admis à prendre part à une stipulation, ni comme promettant, ni comme stipulant; car il ne pouvait *exaudire solemnia verba*. Et certainement cette impossibilité provenait moins de ce que le sourd ne pouvait pas remplir une des conditions de forme spéciales à la stipulation, que de ce qu'il ne pouvait pas connaître le consentement de son cocontractant.

Ce n'est pas tout. L'état d'obligation, qui résulte de la convention passée, est si contraire à notre nature,

que nous en reculons le plus possible le terme définitif. C'est là une des sources du formalisme primitif. Le consentement mutuellement échangé ne suffisait pas ; il fallait que ce consentement se matérialisât, qu'il prit une forme palpable, laquelle produisait ce double effet, de frapper davantage l'esprit, et de parfaire l'irrévocabilité de l'acte accompli. Aussi, à l'origine des peuples, faut-il non seulement, pour contracter, que les parties effectivement présentes manifestent leurs volontés réciproques, mais encore que ces volontés prennent une forme définitive dans des paroles traditionnelles, des écritures consacrées, ou certaines formalités particulières. A l'heure présente encore, c'est en se frappant dans la main, que les gens peu instruits scellent leurs marchés, et c'est par cet acte seul, qu'ils mettent fin aux hésitations premières, et rendent le contrat irrévocable.

Cette dernière idée nous paraît résulter de l'essence même du consentement. Dans notre droit moderne, le formaliste a disparu, et le simple échange des volontés suffit à créer l'obligation. Une culture juridique plus avancée a amené l'abandon de tous ces symboles compliqués, que le droit primitif avait entassés autour des moindres actes juridiques ; mais l'esprit humain n'a pas changé au fond, et l'hésitation qui nous fait craindre et reculer le plus possible le moment où notre engagement deviendra irrévocable, est toujours à l'état latent en nous. Quelle que soit la question en litige, quel que soit le contrat qu'il faille passer, quel que soit le taux de l'intérêt en jeu, quand il faut lier sa volonté, s'engager, dire oui, l'homme le plus résolu hésite, et il y a dans notre esprit un *si* qui plane, jusqu'à ce qu'il n'y ait plus moyen de revenir sur l'acte accompli. — Pourquoi les actes importants, les contrats qui engagent de gros in

térêts sont-ils passés par écrit? Sans doute pour que les obligations des parties soient fixées d'une façon immuable, pour en faciliter la preuve dans l'avenir, mais aussi, je crois, pour matérialiser le consentement, pour faire cesser cette hésitation perpétuelle qui fait flotter notre esprit incertain entre le oui et le non, pour déterminer le moment où la parole est donnée et le contrat consommé. — Eh bien, quelque décidé que l'on soit à donner son consentement, il y a, malgré nous, une hésitation en nous; notre volonté est entachée d'une sorte de condition qui ne disparaîtra que quand, par la force des choses, elle ne pourra plus se produire; c'est-à-dire quand notre cocontractant aura notre parole entre ses mains, quand il aura reçu notre lettre. — De ces observations nous concluons que notre adhésion à l'offre faite n'acquiesce, à nos propres yeux, un caractère définitif que quand elle est devenue irrévocable absolument, c'est-à-dire seulement quand elle est connue du proposant.

Kant¹ pose un autre principe qui conduit à des conséquences identiques. « Ni la volonté particulière du promettant, ni celle de l'acceptant ne suffisent pour former une convention; il faut de plus la réunion des deux volontés, et, par conséquent, *leur déclaration simultanée*. Or, cette simultanéité est impossible dans les actes de la déclaration, lesquels se succèdent nécessairement dans le temps, et ne sont jamais simultanés. En effet, si j'ai promis et que l'autre veuille maintenant accepter, je puis, dans l'intervalle, si court qu'il soit, m'être repenti de ma promesse, puisque je suis encore libre avant l'acceptation; par la même raison l'acceptant

¹ *Eléments métaphysiques de la doctrine du Droit*, § 18.

ne doit pas, de son côté, se tenir obligé par la déclaration qui a suivi la promesse. Les formalités extérieures, comme de se toucher réciproquement la main, ou de briser ensemble une paille, et toutes les confirmations faites de part et d'autre de la déclaration antérieure, prouvent au contraire embarras des contractants sur la manière de représenter, comme existant simultanément dans le même moment, des déclarations qui sont toujours nécessairement successives. » Si cet embarras existe déjà, selon Kant, lorsque les contractants sont en présence, et qu'un intervalle très court sépare l'expression de chaque volonté; il est beaucoup plus grand, quand ces mêmes parties sont éloignées, et que les diverses phases du contrat se succèdent à des heures et même des jours de distance. Or, s'il est impossible entre absents d'arriver à cette déclaration simultanée des volontés, du moins faut-il essayer de s'en rapprocher le plus possible! C'est ce que fait notre système, en reculant la formation du contrat jusqu'au moment où le proposant a pris connaissance de l'acceptation, puisque c'est à ce moment seulement que les deux parties connaîtront réciproquement leurs volontés, non pas encore avec une certitude absolue, cela est impossible entre absents, mais du moins avec la plus grande certitude possible.

§ 8. — *Comparaison du contrat entre présents et du contrat entre absents.* — Partant de la nécessité, constatée par Kant, pour les déclarations d'être toujours successives dans le temps, M. Wurth ¹, et quelques auteurs après lui, sont arrivés à une assimilation presque abso

¹ *Belgique judiciaire*, année 1882, t. XX, n° 89.

lue des contrats entre absents et entre présents. « Si la réunion des volontés, extérieurement manifestées, dit M. Wurth, est un concept purement abstrait, mais que, dans la réalité, les déclarations sont nécessairement successives, la question n'en est plus une ; car alors la différence, entre le contrat par lettres missives et le contrat verbalement contracté, consistera uniquement en ceci, que l'intervalle de temps qui sépare nécessairement les deux déclarations du promettant et de l'acceptant sera plus long lorsque la convention se formera par lettres. Or cet intervalle, plus ou moins long, ne change rien aux termes du problème. » M. Wurth en tire la conclusion : « Pour le contrat par lettres, comme pour le contrat verbal, il faut donc que les deux volontés se soient mutuellement déclarées, qu'elles se connaissent : jusqu'alors elles restent libres. »

Les adversaires de notre système s'élèvent vivement contre une assimilation aussi hardie : « Assimiler les contrats par correspondance aux contrats entre présents, dit M. Valéry ¹, c'est fermer les yeux devant la réalité des choses. » L'argument et sa critique nous semblent également exagérés. Essayons de les remettre au point.

Le contrat entre absents n'est pas une espèce particulière de contrat, nous le savons, pas plus d'ailleurs que le contrat entre présents. Il existe des contrats, voilà tout ; et ces contrats peuvent se conclure soit entre personnes présentes, soit entre personnes éloignées. De plus, il n'y a qu'une seule façon de consentir ; en soi, le consentement est toujours le même. Toute la différence réside donc dans la forme extérieure

¹ *Loc. citat.* § 157, p. 152.

que revêt ce consentement; encore est-ce trop dire, car entre présents on peut contracter par écrit, sans prononcer de paroles, donc de la même façon qu'entre absents; et entre absents, grâce au téléphone, on peut contracter verbalement. La différence entre les deux se restreint donc presque uniquement à l'espace que la manifestation des volontés est obligée de franchir, et au temps qu'elle met à faire le voyage. Mais encore est-il que cette différence existe, s'opposant à une assimilation complète des contrats entre absents et des contrats entre présents.

Que conclure de là? C'est que les règles qui président à la manifestation des consentements et au concours des volontés sont absolues; elles s'appliquent dans tous les cas, que la convention ait lieu d'ailleurs entre présents ou entre absents. Or, le contrat conclu entre personnes présentes étant le seul dont s'occupent nos lois, et en fait le plus pratiqué et le plus connu, c'est son examen attentif qui nous indiquera comment les choses doivent se passer entre absents.

Cette comparaison avec le contrat entre présents est tout à l'avantage de notre système. La volonté n'est qu'un *propositum in mente retentum* tant qu'elle n'est pas exprimée. Elle prend forme quand la parole la traduit. Mais elle n'oblige celui qui la prononce qu'autant que son cocontractant l'entend, et au fur et à mesure qu'il l'entend. Pourquoi en serait-il autrement entre absents? Toute la différence entre les deux cas est qu'ici pour connaître la volonté de son cocontractant, il faut que chaque partie lise la lettre ou le télégramme qui la contient, ou entende le *nuntius* chargé de la porter. « Lorsque les deux parties sont présentes, dit M. Lau-

rent¹, l'acceptant entend ce que veut le pollicitant, et celui-ci entend la réponse qui est faite à ses offres; voilà le vrai concours des volontés, chacune des deux parties intéressées sachant ce que veut l'autre. Les choses ne doivent-elles pas se passer de même lorsque l'acceptant fait connaître sa volonté par correspondance? Nous ne voyons aucune raison de différence entre les deux hypothèses : le pollicitant doit entendre la réponse de l'acceptant pour que les deux volontés concourent, or, il ne l'entend qu'au moment où il reçoit la lettre qui lui annonce l'acceptation. »

§ 9. — On nous fait une objection : En admettant qu'il faille, par analogie, appliquer les mêmes règles aux contrats entre absents et entre présents, il arrive parfois dans la pratique que les parties, tout en contractant *inter præsentes*, ne sont pas en présence au moment de la conclusion du contrat, et cependant ce contrat prend évidemment naissance avant que les parties aient la connaissance réciproque de sa conclusion². Pierre et Paul contractent entre présents. Pierre signe aujourd'hui l'acte chez le notaire; Paul, demain seulement. Cependant l'acte est réputé complet dès l'instant où la seconde signature y a été apposée, sans que Pierre ait connaissance de cette signature. « Il n'est venu jusqu'à présent à la pensée de personne de prétendre que l'existence du contrat ne doit dater, dans ce cas, que du jour où les parties contractantes ont été prévenues qu'elles avaient toutes apposé leur signa-

¹ Laurent, *Droit civil*, t. XV, n° 479.

² E. Cadrès, *Revue du Droit français et étranger*, 1844, t. I, p. 790.

ture. » M. Girault ¹, pourtant opposé à notre système, repousse à juste titre cet argument en faisant remarquer que la rédaction d'un acte est extérieure et sans rapport aucun avec la conclusion du contrat. L'acte n'est qu'un instrument de preuve; le contrat était conclu par avance dès qu'il y avait eu échange des consentements et connaissance réciproque de ces consentements. M. Valéry ² objecte à cette réponse : « Cette critique ne me paraît pas exacte; dans la très grande majorité des cas, les parties ne se considéreront comme définitivement engagées, et ne tiendront leur consentement pour irrévocable, qu'après avoir apposé leur signature à l'acte. A leurs yeux, c'est là une formalité nécessaire à la conclusion du contrat. » Je crois, avec M. Valéry, que, dans la pratique, les parties qui ont convenu de rédiger un acte, ne se considéreront comme irrévocablement liées qu'après la formalité matérielle de la rédaction dudit acte. Cela répond à cette remarque, que j'ai faite précédemment, sur la nature intime de notre consentement, et d'après laquelle nous ne nous considérons comme engagés, que lorsqu'un acte matériel nous a montré l'impossibilité absolue de revenir sur ce qui est fait. Mais, si l'on veut ainsi rechercher la tendance intérieure, et en quelque sorte instinctive, des parties, il faut aller plus loin, croyons-nous. Ce n'est pas le seul fait matériel de la rédaction de l'écrit et de l'apposition des signatures des parties qui les contentera, mais bien la connaissance réciproque qu'elles auront de son accomplissement.

§ 10. — Comparant le contrat entre absents au con-

¹ Girault, *loc. citat.* § 59 *in fine*, note 1, p. 79.

² Valéry, *loc. citat.* § 158, p. 153 et note 2.

trat entre présents, Merlin ¹ a prévu quelques hypothèses célèbres qui, depuis, ont souvent été critiquées et traitées de puériles :

Il suppose d'abord un contrat conclu avec un sourd. A la question que me fait celui-ci, je réponds : j'accepte. Mais le proposant n'a pas entendu ma réponse, et me prie de la lui écrire. Changeant alors d'avis, j'écris : « Je vous ai dit que j'acceptais, mais, réflexions faites, je refuse. » Le contrat n'a pas pris naissance, dit Merlin, et le pollicitant ne pourrait en poursuivre l'exécution, en s'appuyant sur ce que mon acceptation première jointe à son offre avait engendré l'obligation ; car c'est de mon refus qu'il a eu tout d'abord connaissance.

Il suppose encore que deux parties contractent en présence, par le moyen d'une voûte acoustique, qui garde la parole qu'on lui a confiée cinq minutes avant de la traduire à son destinataire. Par la voûte acoustique j'accepte l'offre faite. Puis je change d'avis, et, avant que ma parole ne soit connue du proposant, je lui crie que je refuse. Dans ce cas encore, Merlin pense que le contrat n'a pas pu prendre naissance.

D'autres partisans de l'information construisent encore l'hypothèse suivante : Le destinataire d'une offre demande un certain délai pour réfléchir ; puis il déclare son acceptation devant le proposant endormi. Si dans la suite il change d'avis, et répond par un refus à l'offre faite, le proposant ne pourra pas l'obliger à exécuter le contrat, quand même il viendrait à savoir son acceptation première, car c'est son refus qu'il a tout d'abord connu.

¹ Merlin, *Répertoire*, Vente, § 1, art. 3, n° 11 bis.

Or, conclut-on de ces divers exemples, si, entre personnes présentes, c'est seulement la connaissance de l'acceptation par le proposant qui rend cette acceptation irrévocable et parfait le contrat, pourquoi en serait-il différemment entre personnes éloignées ?

A la première hypothèse citée par Merlin, celle où le proposant est un sourd, M. Valéry¹ fait la critique suivante qui, pour des motifs identiques, peut être opposée à toutes les autres : « Assurément, si la scène s'est accomplie sans témoins, l'acceptation qui n'est pas parvenue à la connaissance du proposant, par suite de son infirmité, peut être rétractée impunément, bien que, philosophiquement parlant, la convention existe. Mais si l'acceptant a manifesté sa volonté par écrit ou en présence de personnes capables d'en témoigner, alors il ne peut plus la retirer, car il est certain qu'il a consenti. »

Les exemples précités, en dehors de leur singularité, présentent, comme aussi la critique qui leur est faite, cet inconvénient de supposer admis le principe même qu'il s'agit de démontrer. De ce que le sourd n'a pu entendre la réponse affirmative qui lui était faite, Merlin conclut que le contrat n'a pas pris naissance, sans en donner d'autres motifs. Pour le cas où l'acceptant a manifesté par écrit ou en présence de témoins sa volonté première, M. Valéry conclut « qu'il ne peut plus la retirer, car il est certain qu'il a consenti » ; ce qui suppose admis le principe que la seule déclaration d'acceptation parfait le contrat.

Aussi ne croyons-nous pas pouvoir tirer grand argument de la comparaison de ces hypothèses exception-

¹ Valéry; *loc. citat.* § 459 *in fine*.

nelles avec le contrat entre absents. Et cependant il en ressort tout au moins cette idée, déjà signalée, que notre raison se refuse à concevoir un contrat qui se formerait à l'insu des parties, ou du moins de l'une d'elles ; d'un contrat qui pourrait commencer à produire ses effets alors que l'acceptant connaîtrait encore seul l'engagement formé. Si l'on oublie pour un instant la situation dans laquelle se trouvent les parties, si l'on fait abstraction de leur présence ou de leur éloignement, la connaissance réciproque des obligations contractées se présente à notre esprit comme la condition essentielle de la formation même de la convention. Nous n'insistons pas davantage, puisque déjà nous avons exposé en détail ce qui nous semble être la notion la plus philosophique du consentement.

§ 11. — *Rôle de la lettre.* — Faut-il rechercher, avec la plupart des partisans de l'information, le rôle que jouent la lettre ou le télégramme dans le contrat entre absents ? Nous arriverons encore à une conclusion favorable à notre système.

Le destinataire des offres, par hypothèse éloigné du proposant, peut, s'il veut les accepter, ou se transporter lui-même chez le proposant, ou charger un tiers de lui porter l'expression de sa volonté. Il peut enfin lui envoyer une lettre d'acceptation. Or, que l'on compare cette lettre à l'acceptant qui va lui-même manifester sa volonté, ou au tiers qu'il charge d'agir pour lui, le résultat est le même, à savoir qu'il faut, pour que le contrat naisse, que le proposant ait pris connaissance de l'acceptation.

La lettre, dit Merlin ¹, « n'est qu'une série de paroles

¹ Merlin, *Répertoire*, Vente, art. 3, n° 11 bis.

fixées sur le papier », mais adressées à un absent. Elle est, d'après Troplong ¹, « la pensée fixée par écrit et envoyée à celui qui est absent ; elle rapproche les individus éloignés et les met pour ainsi dire en présence. » Enfin, d'après MM. Delamarre et Lepoitvin ², le but de la lettre est « de porter à la connaissance d'un absent des expressions que l'on prononcerait devant lui s'il était présent, et de lui faire ainsi comprendre, par l'organe de la vue, ce que son éloignement ne permet pas de lui faire concevoir par le sens de l'ouïe ; en sorte qu'à l'instant où il lit la lettre il s'établit véritablement un dialogue entre lui et la personne qui la lui a écrite. » La lettre n'est donc que la parole de l'acceptant qui a pris une forme matérielle et qui va de son auteur chez son destinataire. Toute la différence entre la parole parlée et la parole écrite, est que c'est l'oreille qui perçoit la première, et la vue la seconde. Or, si l'acceptant s'était transporté lui-même pour répondre à l'offre faite, c'est à l'instant seulement où il exprimerait sa volonté au proposant que le contrat prendrait naissance. Pourquoi en serait-il autrement quand au lieu d'aller porter son acceptation, il la fait porter par une lettre ?

Préfère-t-on voir dans la lettre le mandataire de l'acceptant ? le résultat est encore le même. Et cette conception répond assez à l'expression souvent employée, même par nos adversaires : la lettre *représente* son auteur auprès de son destinataire. La lettre, dit encore Merlin ³, n'est « rien autre chose qu'un *procureur muet*, que je vous envoie pour vous déclarer mon accepta-

¹ Troplong, *Vente*, I, § 22.

² Delamarre et Le Poitvin, *Droit commercial*, t. I, § 102.

³ *Loc. citat.*

tion. » Or c'est un principe absolu que je puis, quand je veux, révoquer mon mandataire, et jusqu'à l'accomplissement intégral de son mandat ; donc la lettre aussi, mandataire inanimé, procureur muet de l'acceptant, peut être par lui révoquée, tant qu'elle n'a pas rempli sa mission, c'est-à-dire tant que son contenu n'est pas connu du proposant. Si, en droit, cette révocation est possible, en fait elle ne l'est pas moins : Je puis retirer à ma lettre le mandat dont je l'ai chargée, soit en la déchirant, si je l'ai encore en mes mains ; soit en en demandant le retrait à l'administration des postes, ou en rappelant le messenger chargé de la porter, si elle est déjà en cours de route ; soit enfin, en prévenant par une voie plus rapide son destinataire qu'il ait à la considérer comme non avenue.

Donc, que l'on compare la lettre à la parole, ou que l'on veuille y voir le mandataire de son auteur, on arrive toujours à cette conséquence qu'elle ne remplit sa mission qu'au fur et à mesure que son destinataire en prend connaissance ; et dès lors que la pensée qu'elle contient ne devient irrévocable que par cette connaissance.

Nous ajoutons que cette conception répond bien à l'expression célèbre de Cujas, que pourtant on nous oppose quelquefois : « *Epistola non contrahit, sed nuntiat dominum contrahere* ¹. » La lettre ne contracte pas ; or, d'après nos adversaires, elle contracterait en somme, puisque c'est par sa rédaction, ou tout au moins par son expédition, que le contrat prendrait naissance ; ou, si elle ne contractait pas absolument, du moins elle serait la cause directe, la consécration de la convention. Tan-

¹ Cujas, Sur le titre : *Si quis alteri vel sibi emerit* au Code, IV, 50.

dis que pour nous, elle a un rôle plus accessoire, elle n'est qu'un agent de transmission, ou que la parole écrite de son auteur. D'ailleurs, le texte de Cujas est plutôt en notre faveur, car il dit que la lettre *nuntiat dominum contrahere*, et non *contraxisse*; elle avertit que son auteur contracte, veut contracter, et non qu'il a contracté au moment où il l'a écrite.

§ 12. — Cette idée que la lettre et le télégramme ne sont qu'un mode de transport de la pensée, ou un mandataire inanimé, essentiellement révocable au gré de son auteur, a conduit à l'admission du retrait des correspondances en cours de route et jusqu'à leur remise à destination. L'administration postale a inscrit dans ses règlements la faculté du retrait pour l'expéditeur. Un arrêt du Conseil d'État l'a approuvé. La pratique des États étrangers et même quelques législations étrangères l'ont consacré. En matière télégraphique française, deux décrets ont réglementé cette faculté; enfin l'Union postale internationale l'a proclamé (nous avons donné précédemment des détails sur ce point). Ce sont là des autorités puissantes en faveur de notre système. Nos adversaires nous objectent cependant qu'il ne s'agit pas de savoir si l'administration postale permet ou non le retrait, mais bien si, en le permettant, elle n'outrepasse pas ses droits. Et ils prétendent que si, en s'appuyant sur ce double argument : La lettre une fois mise à la poste, ou le télégramme déposé au bureau, devient la propriété de son destinataire, ce qui enlève à son auteur le droit de l'anéantir désormais. Puis, en se dessaisissant de son acceptation, l'acceptant a fait un acte qu'il considérerait comme définitif : il voulait alors que la convention prenne naissance; aussi s'est-elle for-

mée dès ce moment, rendant inopportun tout changement ultérieur de volonté.

L'argument tiré de la propriété de la lettre ou du télégramme nous touche peu. Tout d'abord, et comme nous le verrons plus tard, ce n'est pas en général quand l'acceptant se dessaisit de sa lettre, que celle-ci devient la propriété de son destinataire, mais seulement quand ce dernier la reçoit. (Du moins en est-il ainsi quand l'agent de transport est l'administration des postes, ou le messenger de l'acceptant.) C'était l'opinion du Droit romain, et c'est l'opinion presque universellement admise à l'heure actuelle. — D'ailleurs, la question de la propriété des correspondances n'est pas ici en jeu. Il faut distinguer, en effet, le matériel de la lettre, de la volonté qui y est exprimée. Quand même la lettre, en tant que chose matérielle, serait, dès le dessaisissement de son auteur, devenue la propriété du proposant, cela ne voudrait pas dire que la volonté qu'elle contient est par là même devenue irrévocable. Si je puis acquérir la propriété d'une chose, de loin, et par l'entremise d'un tiers; si, par exemple, moi proposant, je puis devenir propriétaire de la lettre d'acceptation, par l'intermédiaire de mon *nuntius* que j'ai chargé de la recevoir pour moi, et dès l'instant où il la reçoit, il n'en est pas moins vrai que je ne prendrai possession de son contenu que quand cette lettre, m'ayant été remise, je la lirai; donc, jusque-là, son auteur peut révoquer l'acceptation qu'elle contient, en me faisant connaître son changement de volonté par un procédé de transmission qui devance mon messenger.

Quant à prétendre que l'acceptant, en jetant sa lettre à la poste, a voulu faire un acte irrévocable, je ne le pense pas. Je crois, au contraire, que dans sa pensée,

instinctivement, sinon formellement, le contrat ne doit naître que lorsque son acceptation sera connue du pollicitant. Même cette intention me semble exister à la fois chez l'une et l'autre partie.

Chez l'acceptant? Je l'ai déjà dit, il y a au fond de nous-mêmes une hésitation qui nous fait retarder le plus possible l'instant où nous serons engagés, et où il nous sera désormais impossible de revenir sur le fait accompli. En jetant notre lettre à la poste, et malgré notre détermination bien arrêtée à ce moment, nous songeons encore à la possibilité d'une révocation; et nous pensons malgré nous, que si tel événement extraordinaire se produisait, nous enverrions un télégramme pour annuler notre décision primitive. Parfois même ce calcul sera parfaitement réfléchi : Pour m'approprier le premier une offre faite à plusieurs en même temps, j'écris que je l'accepte; et cela avant d'avoir reçu telle ou telle nouvelle dont dépend en fait mon acceptation. Mais je suis décidé à détruire par télégramme l'effet de mon acceptation, si la condition se produit.

Chez le proposant? Les faits de la pratique le montrent d'une façon évidente. C'est par la lettre d'acceptation que le proposant se considérera comme lié, et non par le fait même de l'acceptation qu'il ne peut pas connaître et dont il se préoccupe peu. La preuve? Nous la trouvons jusque dans les formules banales de politesse qui accompagnent l'offre faite : « En attendant vos ordres » ; « dans l'espoir d'une réponse affirmative » ; « dès le reçu de votre lettre » ; etc., toutes formules qui prouvent que c'est seulement, l'acceptation une fois connue, que le proposant se considérera comme lié. Quand le proposant fait la même offre à plusieurs, ne spécifie-t-il pas le plus souvent qu'il ne se tiendra pour engagé qu'envers celui

dont le premier il aura reçu la réponse ; et, s'il n'a pas pris soin de préciser ce point, n'est-ce pas au signataire de la première lettre reçue qu'il enverra la marchandise offerte ?

On reproche souvent à notre système d'apporter un retard à la conclusion des contrats, et par là d'être un obstacle à la rapidité qu'exigent les affaires commerciales. Mais, dans l'espèce précitée d'une offre faite à plusieurs, c'est justement au nom de cette célérité que nous proposons notre théorie. Dans le système de la déclaration ou de l'émission, le commerçant, en effet, ne doit pas se considérer comme engagé envers l'acceptant dont il a reçu tout d'abord la lettre ; il lui faut attendre les réponses de tous les destinataires des offres, car c'est celui qui le premier a écrit sa lettre d'acceptation, ou qui le premier l'a mise à la poste, qui est son seul et vrai cocontractant. Il lui faut donc comparer entre elles les dates de toutes les lettres, ou les dates d'envoi de toutes les lettres ; et n'expédier qu'à celui qui le premier a écrit ou envoyé sa réponse. Et si vous supposez que l'une d'elles n'arrive qu'après un long retard, et que ce soit justement la première écrite, le résultat est que le contrat, exécuté depuis longtemps, est nul, car c'est la chose d'autrui qu'a livrée le proposant. Nous sommes loin de cette célérité que s'attribuent, à l'exclusion des autres, les systèmes de la déclaration et de l'émission, et plus loin encore de la sécurité qu'exige la conclusion des affaires.

Enfin, nous l'avons vu, quand le proposant fixe un délai pour répondre, il veut, non pas seulement que l'acceptation se produise dans ce délai, mais bien qu'il connaisse cette acceptation, avant l'expiration du délai. — Ce que réclament les affaires commerciales c'est que

l'offrant puisse se débarrasser vite de sa marchandise, exécuter vite le contrat ; et non pas seulement que ce contrat soit vite conclu, quitte à n'être que beaucoup plus tard exécuté !

§ 13. — Est-il besoin encore d'invoquer un argument qu'on donne souvent en faveur de notre système, et qu'on exprime de l'une des façons suivantes : L'acceptation étant de même nature que l'offre (nous l'avons démontré), et l'offre étant, de l'aveu de tous, essentiellement révocable, l'acceptation doit l'être aussi, du moins jusqu'à ce que sa prise de connaissance par l'offrant ait parfait le contrat. Ou encore : Il faut que les deux cocontractants soient placés sur un pied d'égalité parfaite ; or l'acceptant serait dans un état d'infériorité notoire s'il ne pouvait plus jamais revenir sur l'acte accompli, et que sa seule déclaration d'acceptation l'engageât définitivement ; c'est ce que Troplong¹ appelle « la réciprocité entre les parties, » réciprocité que le système de l'information peut seul procurer.

La prétention ainsi élevée par notre système de maintenir une égalité absolue dans la situation des parties contractantes, quoique parfaitement justifiée, a trouvé des contradicteurs. M. Cadrès, et après lui M. Valéry, s'efforcent de démontrer que notre théorie ne fait pas aux parties une position égale, et n'a que l'apparence de la justice. M. Cadrès² s'exprime ainsi : « S'il faut, par exemple, trois jours pour que les lettres franchissent l'espace qui sépare les deux parties, A aura pu révoquer sa proposition la veille du jour où il aura

¹ Troplong, *Vente*, I, n° 22.

² Cadrès, *Revue du Droit français et étranger*, année 1844, t. 1, p. 790 ; — *sic* Valéry, § 162, p. 158.

reçu la réponse approbative de B, et B se croira lié pendant que A seul saura qu'il ne l'est pas. En outre, rien n'est plus facile pour A que de profiter de la faculté de révocation, tandis qu'il est presque impossible à B d'en user. Ce n'est pas là l'égalité qui doit exister entre les parties contractantes. » — Si les choses se passaient comme le suppose M. Cadrès, il y aurait peut-être plus encore d'égalité entre les parties, dans notre système, que d'après les systèmes adverses, mais assurément il n'y aurait pas l'égalité absolue que nous revendiquons; seulement les choses ne se passent pas ainsi. Si le proposant révoque sa proposition, dit M. Cadrès, la veille du jour où il doit recevoir l'acceptation de son cocontractant, il sait que le contrat ne se formera pas, tandis que l'acceptant se croit lié. Il faut supposer le système de l'information bien illogique pour lui attribuer une semblable conséquence. En effet, quand nous posons ce principe qu'une volonté n'existe que quand elle est connue, nous n'entendons pas l'appliquer seulement à l'offre ou à l'acceptation, mais à toutes sortes de volontés; et par conséquent à la rétractation d'une volonté exprimée, qui n'en est qu'une nouvelle se substituant à une précédente. Dès lors, le proposant qui se rétracte n'empêche pas par ce seul fait le contrat de se former; il faut, pour qu'il arrive à ce résultat, que sa révocation soit connue de l'acceptant, avant que lui-même ait connu l'acceptation. Donc, dans l'espèce précitée, les parties sont dans une situation adéquate : B l'acceptant, qui a expédié son acceptation, n'est pas sûr encore que le contrat se formera, car il faut pour cela que son acceptation, qui par hypothèse met trois jours à faire le trajet, parvienne au proposant, avant que lui-même ait reçu aucune révocation de ce proposant. Quant à ce

dernier, il s'est rétracté c'est vrai, mais il n'est pas sûr que sa rétractation produira effet, car il faut pour cela qu'elle arrive chez l'acceptant avant que lui-même ait connu l'acceptation. Donc, quand le proposant a reçu l'acceptation, il a su que le contrat prenait naissance, sa rétractation n'ayant pu encre parvenir à l'acceptant. Et l'acceptant a eu la même certitude, puisqu'il n'avait connaissance d'aucune rétractation quand sa lettre est parvenue au proposant. — Quant aux obstacles matériels qui peuvent s'opposer au retrait de l'acceptation, ce sont des difficultés de fait dont on ne peut tirer argument contre nous. D'ailleurs, ils sont les mêmes pour le retrait de l'offre, et l'on n'en conclut pas que l'offre une fois expédiée est irrévocable. Enfin la rapidité croissante des moyens de communication, l'emploi du télégraphe et du téléphone, sont les moyens de fait qui permettent de remédier à cet inconvénient.

En réalité, la vraie égalité entre les parties est celle que leur procure notre système, en donnant à l'une et à l'autre la même faculté de se rétracter ; et la vraie inégalité, la véritable injustice, est celle qui permet à l'un des contractants de changer d'avis pendant un long délai, et qui aliène la volonté de l'autre dès l'instant où il l'a déclarée, quelque révocable que soit la forme qu'elle a revêtue. Or cette faculté de rétractation qui est une conséquence logique de notre système, est inadmissible dans les théories adverses. Cependant elle semble si nécessaire, si naturelle, que la plupart de nos adversaires se sont efforcés de la rattacher à leurs théories. Presque toutes les législations étrangères qui se sont rangées au système de la déclaration, et un bon nombre des auteurs qui sont partisans de celui de l'expédition, permettent à l'acceptant de retirer son acceptation,

pourvu que sa révocation arrive avant ou en même temps que la réponse primitive. La pratique des affaires et les besoins du commerce exigent ce résultat; mais essayer de le faire concorder avec les systèmes de la déclaration ou de l'expédition, c'est nier le principe même sur lequel reposent ces systèmes, et c'est aboutir à cette conséquence inadmissible, qu'au moment où l'on place la formation du contrat, une seule des parties, le proposant, est définitivement engagée.

§ 14. — *Réponse aux critiques élevées contre notre système.* — Il nous reste à combattre plusieurs objections apportées au système de l'information.

Quelques auteurs font ce raisonnement : La connaissance du consentement est certainement indépendante de ce consentement même; or si, malgré cela, vous exigez que l'acceptation soit connue du proposant, il vous faut, pour être logique, exiger aussi « que la promesse contenue dans l'acceptation, non seulement soit connue du faiseur d'offres, mais aussi acceptée par lui; et qu'à son tour cette acceptation soit arrivée à la connaissance du destinataire¹. » M. Aubert² dit dans le même sens que l'acceptant doit connaître à son tour « l'acceptation de son acceptation émanée de l'offrant. » Et on conclut qu'il y a là « un cercle vicieux sans issue » dont notre système ne peut sortir³.

Cette objection ne nous paraît pas très sérieuse; elle « crée une difficulté imaginaire, » dit avec raison M. Massé⁴. Notre système, pour être logique, devrait exiger l'ac-

¹ E. Hepp, *Correspondance privée*, § 108 *in fine*, p. 98; — *sic* Marcadé, t. IV, n° 395; — Valéry, § 166.

² Aubert, *Des contrats par correspondance* (thèse), p. 102.

³ Darquer, *loc. citat.* p. 61.

⁴ Massé, t. III, n° 1453.

ception de l'acceptation. Mais où a-t-on vu cela ? Le Code réclame, pour la formation du contrat, un concours de volontés, c'est-à-dire qu'une acceptation se produise et vienne se joindre à l'offre, mais il ne demande pas davantage. Pour nous une volonté n'existe que quand elle est connue, parce qu'une volonté n'existe qu'à l'égard de celui à qui elle s'adresse ; mais au moment où le proposant prendra lecture de la lettre d'acceptation, les deux volontés existeront et seront réciproquement connues ; donc le concours se formera à cet instant, et le vœu de la loi sera entièrement satisfait. Exiger que l'acceptant sache si son acceptation a été acceptée, est évidemment inutile, car l'acceptation de l'offre, une fois connue, parfait le contrat, et à ce titre n'a plus besoin d'être acceptée. Exiger que l'acceptant sache toujours si son acceptation a été reçue, ce n'est plus faire le procès de notre système, mais celui du contrat par correspondance en général, dans lequel on ne peut jamais réunir à un moment donné, d'une façon certaine et absolue, les volontés des deux contractants.

En effet, dans le système adverse, la simple manifestation du changement de volonté de l'offrant valant rétractation de son offre, l'acceptant ne peut jamais savoir si son acceptation forme ou non le contrat ; d'où l'on pourrait dire que, d'après ce système, la convention se forme toujours à l'insu des deux contractants, le proposant ne pouvant pas savoir si l'autre partie va accepter, et l'acceptant ne sachant jamais si l'offre existe encore. Dans notre système, au contraire, chacune des parties connaîtra toujours la volonté de l'autre, et, si les choses se passent régulièrement, chacune saura non seulement si le contrat a pris naissance, mais l'instant à peu près où il s'est formé.

Cependant M. Valéry¹ fait encore une objection à cette réponse : « Mais ce raisonnement n'est admissible qu'à la condition de supposer que ni l'offrant, ni l'acceptant ne songeront jamais à se démettre des préliminaires du contrat..... » Pourquoi ? Ils peuvent parfaitement se rétracter l'un et l'autre, et cela en toute sécurité, si l'on admet, avec notre système, que ce qui vaut rétractation de volonté n'est pas le simple changement d'avis, mais la connaissance de ce changement par la partie adverse.

§ 14 bis. — M. Valéry fait une autre critique à la théorie de l'information². Si l'acceptant exécute le contrat dès le reçu de la lettre d'offres, ou du moins sitôt après avoir rédigé ou expédié sa lettre d'acceptation, c'est-à-dire d'après notre système à un moment où la convention n'a pas pris naissance encore, il se produit « ce résultat bizarre que la formation du contrat sera postérieure à son accomplissement. » C'est très exact, mais ce n'est pas une objection, car très souvent ce résultat se produit, quelque système d'ailleurs qu'on adopte ; et même il se produit d'une façon plus complète, en ce sens que l'exécution est antérieure non seulement à la conclusion du contrat, mais même à la simple connaissance de l'offre par l'acceptant. Il suffit pour cela de songer à l'hypothèse, très commune dans les relations commerciales, où la proposition consiste dans l'envoi même de la marchandise avec indication de son prix. Si le destinataire de cette marchandise accepte la convention, l'exécution, là aussi, a précédé la formation du contrat, précédé même la proposition,

¹ *Loc. citat.*, § 166 p. 162.

² *Loc. citat.*, § 164 p. 159.

ou du moins sa connaissance par l'acceptant. Cette situation n'a, on le voit, rien de bien extraordinaire.

§ 13. — On nous objecte encore les variantes apportées à notre système par quelques-uns de ses partisans, et qui résulteraient soit de certaines conséquences inadmissibles de ce système, soit surtout de ce qu'il est inapplicable à tous les contrats.

Frappé de ce que le bénéficiaire d'une libéralité n'a aucune raison de la refuser, Grotius ¹ faisait une distinction entre les contrats à titre onéreux et les contrats à titre gratuit. Pour les premiers, il appliquait strictement son principe : c'est seulement la connaissance de l'acceptation qui forme le contrat ; pour les seconds, au contraire, l'acceptation aurait suffi. — L'article 932 du Code civil empêche en grande partie ce dissident de renaître, puisque le législateur se montre encore plus rigoureux pour les donations, que pour les contrats à titre onéreux. D'ailleurs, le bénéficiaire d'une libéralité peut avoir d'excellents motifs, quoique d'ordre intime, de la refuser.

M. de Vangerow fait une distinction analogue, quoique de moindre étendue, entre le cas où la pollicitation est ordinaire, et celui où elle constitue un avantage évident pour son destinataire.

Quelques auteurs, tout en admettant en principe le système de l'information, ont écarté son application en ce qui touche le mandat et la commission. En ce sens, l'auteur allemand Wachter, et en France MM. Delamarre et Lepoitvin ². Les raisons de cette exception seraient les suivantes : La pratique commerciale qui

¹ Grotius, *De jure belli ac pacis*, t. II, chap. XI, § 15.

² *Droit commercial*, L. II, nos 57 et suiv.

présume facilement l'acceptation, et traduit en général dans ce sens le défaut de réponse à l'offre d'un mandat ou d'un contrat de commission ; puis l'exigence des affaires qui veut que ces sortes de contrats soient exécutés rapidement, et fait qu'ils deviendraient souvent illusoires, s'ils ne pouvaient jamais naître qu'après connaissance respective des volontés des parties. — Nous avons précédemment répondu à la première objection, en faisant remarquer que le silence de l'acceptant pouvait valoir acceptation quand il en avait été ainsi décidé par une convention antérieure, soit expresse, soit résultant tacitement de rapports suivis d'affaires entre les parties. Quant à la deuxième, c'est une considération de fait, que la législation pourrait satisfaire (ce qu'elle n'a pas encore fait), en établissant une exception spéciale et formelle à notre principe pour les contrats de mandat de commission, mais qui ne détruirait en rien le bien fondé de notre système.

D'autres encore ont admis une exception en faveur des contrats réels. Nous ne discuterons pas ici cette idée, ayant eu précédemment l'occasion de montrer qu'en cette matière une dérogation à notre principe ne serait pas justifiée et n'est point nécessaire.

Enfin M. Larombière ¹ apporte à notre système un autre tempérament : D'après cet auteur, si l'une des parties vient à mourir entre l'instant de l'acceptation et celui de la connaissance de cette acceptation, le contrat ne s'en formera pas moins. Mais ce tempérament n'est pas, comme on l'a prétendu ², la négation même de la théorie de l'information. Voici, en effet, ce que

¹ *Théorie et pratique des obligations*, t. I, art. 1101, § 20.

² A. Girault, *loc. citat.* § 54, p. 71.

dit M. Larombière : « L'effet de la mort ou de l'incapacité de l'une des parties..... est de rendre toute rétractation impossible de sa part et de consolider le contrat de son côté. » Il n'admet donc pas que le contrat prend naissance malgré la révocation de l'acceptation, ce qui aboutirait en effet à dire qu'il s'était formé dès l'instant de cette acceptation. Sa faute a été seulement de considérer la mort comme ratifiant et consacrant d'une façon définitive le consentement. Or, d'après cette idée, l'acceptation ne peut plus être modifiée dès l'instant où l'acceptant est mort, et par conséquent dès cet instant il est certain que le contrat se formera ; mais il ne se formera que quand le proposant aura pris connaissance de l'acceptation, car c'est alors seulement que cette acceptation aura, suivant l'expression même de M. Larombière, « demandé et pris acte de la proposition. »

§ 16. — *Réfutation des systèmes adverses.* — Nous avons exposé les arguments nombreux qui militent en faveur de notre système, essayé de prouver qu'il est le seul répondant à la notion philosophique du consentement, et aux tendances de notre esprit, enfin montré que, si le législateur n'avait pas eu l'occasion de le consacrer formellement, il se trouvait du moins en germe dans sa pensée, et que cette pensée s'est laissée parfois entrevoir dans les textes. Notre plaidoyer s'opposait d'une façon générale à tous les systèmes adverses ; il nous reste à discuter chacun en particulier, en insistant surtout sur le système de l'émission, qui compte le plus de partisans, avec le nôtre, à l'heure actuelle.

Contre le système de la déclaration *stricto sensu*, nous dirons peu de chose. L'analyse, peut-être un peu minu-

tieuse, que nous avons faite du consentement, est la meilleure réponse à cette théorie. Notre esprit ne peut pas concevoir que nous soyons engagé sans connaître notre engagement. Ce système, dit-on, évite les retards que le nôtre apporte à la conclusion des contrats; c'est vrai, mais en principe seulement; nous avons déjà eu occasion de remarquer, qu'au cas d'offre faite à plusieurs, le système de l'information arrive en pratique à un résultat plus rapide que tous les autres; or, en matière commerciale, le cas d'offre faite à plusieurs est au moins fréquent.

Enfin, quant à la difficulté de preuve qu'on objecte à la théorie de l'information, on peut la retourner contre le système de la déclaration pure : il est au moins aussi difficile de prouver l'instant précis où l'acceptant a écrit sa lettre d'acceptation, que celui où le proposant en a pris lecture.

A ce premier système, M. Darquer¹ fait encore l'objection suivante : « Si le contrat était parfait dès que l'acceptation est formulée, il serait inutile que l'acceptant fit connaître sa volonté au pollicitant : le faisant, il remplira un simple devoir de politesse. » M. Valéry² répond : « puisque l'acceptation *en se manifestant d'une manière irrévocable* a amené la formation du contrat, il faut dire, avec l'article 1135 du Code civil, que les deux parties doivent se soumettre à toutes les suites « que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. » Or, l'équité aussi bien que les usages reçus..... veulent que l'acceptant avertisse au plus tôt le pollicitant de la conclusion du contrat. Cet avis n'est

¹ Ch. Darquer, *loc. citat.* p. 68.

² Valéry, *loc. citat.* § 143, p. 140.

pas un des éléments essentiels de la convention, mais bien une de ses conséquences; il rentre en quelque sorte dans les faits d'exécution. » Et M. Valéry conclut que, si l'acceptant ne se conforme pas à cette obligation légale de prévenir le proposant de son acceptation, « le proposant a le choix de demander ou la résolution du contrat ou son exécution, et qu'il peut réclamer en outre, quelque parti qu'il prenne, le paiement d'une indemnité. » — Il y a, croyons-nous, plusieurs réponses à faire à cette théorie. Tout d'abord nous ne concevons pas bien ici en quoi consiste « l'acceptation manifestée d'une façon irrévocable, » qui suffit à parfaire le contrat; puisque nous sommes entre absents, et que l'acceptant, dans l'espèce, n'envoie pas de réponse au proposant; à moins toutefois de supposer l'une de ces hypothèses exceptionnelles, d'un acceptant qui rédigerait une lettre d'acceptation et la garderait par devers lui, ou qui exprimerait son acceptation devant témoins, mais sans charger ceux-ci d'en avertir le proposant. — De plus, M. Valéry considère la notification de l'acceptation comme un acte d'exécution du contrat. Cette idée nous semble inexacte; car de deux choses l'une, ou bien c'est l'acceptant qui doit exécuter, ou bien l'offrant. Est-ce l'acceptant? Il peut exécuter de suite la convention, c'est très vrai, son exécution valant acquiescement de sa part; mais alors il n'y aura pas de lettre d'acceptation. Il peut au contraire notifier d'abord son acceptation, mais alors il n'exécute pas encore. — Est-ce l'offrant? Mais l'acceptant n'a rien à exécuter; même, c'est seulement sa lettre d'acceptation qui donnera ouverture, de la part du proposant, à l'exécution du contrat. — Enfin, en admettant que la notification de l'acceptation ne soit qu'un premier acte d'exécution, et dès

lors que son défaut n'empêche en rien le contrat de se former, examinons, au cas où cette notification n'a pas eu lieu, la singulière situation qui est faite aux parties : Le proposant, dit M. Valéry, a le choix de demander la résolution ou l'exécution de la convention ; mais encore pour cela faudra-t-il qu'il sache qu'elle a pris naissance ! Supposons donc que l'acceptant vient lui-même réclamer l'exécution du contrat. Mais le proposant ne sera-t-il pas bien venu à lui opposer l'ignorance où il est resté quant à la conclusion de ce contrat ? Sans doute ; et la conséquence est que l'acceptant devra tout d'abord prouver l'existence de la convention. Comment le fera-t-il ? En prouvant que, s'il n'a pas notifié sa réponse, du moins il avait écrit une lettre d'acceptation, ou déclaré à un tiers qu'il acceptait. On pourrait objecter ou que la preuve sera difficile, ou que la fraude sera facile. Mais admettons qu'il ait réussi à administrer sa preuve, il faudra alors que le proposant, qui ne recevant pas de réponse à son offre, a traité avec un autre, demande la résolution du premier contrat, pour se dégager de cette convention dont il n'a jamais eu connaissance. D'un autre côté, si on refuse à l'acceptant le droit de demander l'exécution du contrat, on l'abandonne, pour le cas où le proposant viendrait à connaître son acceptation, absolument à la merci de ce proposant, celui-ci pouvant exiger l'exécution ou demander la résolution dudit contrat. Répondra-t-on que l'acceptant n'a qu'à s'en prendre à lui-même de cette conséquence fâcheuse, qu'il pouvait facilement éviter ? Ce n'est pas toujours vrai ; car, si la lettre d'acceptation, régulièrement expédiée, a été perdue par le *nuntius* ou la poste, le résultat sera le même, et pourtant l'acceptant n'aura rien à se reprocher. Ces conséquences nous

semblent difficilement acceptables. La raison qui les a fait admettre à un partisan de la déclaration pure est que, malgré tout, il faut bien que le proposant soit prévenu de l'acceptation, surtout quand c'est lui qui doit exécuter. Seulement la nécessité de cette connaissance, loin d'être une conséquence du contrat, est un élément même de sa formation.

Au système de la réception, nous opposons que c'est un moyen terme, cherchant à concilier les soi-disants intérêts commerciaux, avec la faculté de révocation pour l'acceptant, et la facilité de la preuve sur le temps et le lieu où se forme le contrat. Au point de vue pratique, c'est peut-être le meilleur système ; mais au point de vue théorique, il ne se soutient pas, puisque, s'appuyant sur le principe posé par le système de la déclaration, il aboutit à presque toutes les conséquences du système de l'information.

Aux systèmes mixtes, nous n'opposons rien, par cela même, qu'empruntant des solutions diverses à tous les autres systèmes, ils s'exposent à toutes les critiques élevées contre eux ; et cela pour aboutir à des résultats, parfois pratiques, mais le plus souvent compliqués.

Reste le système de l'émission ou de l'expédition. — Ce système, nous le savons, place la formation du contrat au moment où l'acceptant se dessaisit de son acceptation ; par exemple, au moment où il expédie les marchandises demandées, au cas d'acceptation tacite par exécution ; et, pour le cas d'acceptation expresse, au moment où il jette à la poste ou dépose au bureau sa lettre ou son télégramme d'acceptation.

Recherchons quel motif a conduit les partisans de ce système à cette idée que le seul dessaisissement de l'acceptation rend celle-ci définitive et parfait le contrat :

Est-ce parce que les deux volontés ont coexisté à ce moment? Non, car cette coexistence s'est produite dès l'instant où celui-ci, à qui l'offre était adressée, a eu l'intention bien décidée de l'accepter, et avant même que l'expression de sa décision fût manifestée par l'écriture. Est-ce parce que c'est à ce moment seulement que la pensée de l'acceptant a pris un corps par sa séparation d'avec son auteur? Non, car dès l'instant où cette pensée a été écrite sur le papier, il y a eu une acceptation véritable, et dès lors le contrat eût dû se former.

La véritable raison qui a inspiré ce système, peut-être à l'insu de ses partisans, c'est le caractère d'irrévocabilité qu'il attache à l'acte de dessaisissement. Jusqu'à cet acte, l'acceptant peut déchirer sa lettre d'acceptation, sans que nul en connaisse jamais ni l'existence, ni le contenu. Une fois cette lettre jetée à la poste, il ne peut plus revenir sur le fait accompli. Sans doute, il pourrait changer d'avis et envoyer un télégramme ou une seconde lettre, mais la première écrite n'en arrivera pas moins à son destinataire, révélant à celui-ci la volonté première de son auteur. Quant à la faculté de retrait, elle va contre le droit du destinataire, et l'administration excède ses pouvoirs en l'accordant. Ce qui décide nos adversaires est donc bien cette idée que l'acte du dessaisissement est irrévocable; et il est irrévocable en ce que, une fois accompli, rien ne saurait empêcher qu'il ne fût un jour connu de la partie adverse.

Or, la révocabilité ou l'irrévocabilité de l'acte du dessaisissement, c'est-à-dire de la remise à la poste ou du dépôt au guichet de la lettre ou du télégramme d'acceptation, nous semble être indépendante de la question de la formation du contrat; de plus, l'importance

qu'on attache à cette idée nous paraît résulter d'une confusion entre la lettre même et la volonté qu'elle contient.

La volonté existe en fait dès l'instant où elle s'exprime, donc dès l'instant où est rédigée la lettre d'acceptation. On ne peut plus dire qu'elle est encore *propositum in mente retentum*, puisqu'elle s'est séparée de l'esprit qui l'a conçue, et qu'il en existe une preuve matérielle, palpable. Donc, si la simple coexistence des volontés doit suffire à parfaire le contrat, celui-ci doit se former dès que l'acceptation, en se manifestant, s'unit à l'offre préexistante. Pourquoi, alors, retarder la naissance de la convention? Parce que, dit-on, la lettre écrite mais encore aux mains de son auteur n'est qu'un projet, et qu'il la peut détruire à l'insu de tous. C'est ici qu'est l'erreur, erreur qui provient de ce qu'on confond la lettre avec la volonté qu'elle contient. Ce que l'acceptant peut faire disparaître, c'est le matériel de la lettre; quant à son contenu, c'est-à-dire l'acceptation qui y est exprimée, ou bien il a déjà une existence juridique, ou il n'en a pas encore. S'il a une existence juridique, il est irrévocable, et la destruction de la lettre n'altère en rien l'acceptation qu'elle renfermait. Ou bien il n'existe pas encore, et alors ce qui lui manque pour acquérir l'existence, ce n'est pas le fait matériel du dessaisissement de la lettre, lequel ne saurait exercer aucune influence sur la volonté de l'acceptant, chose immatérielle, mais bien sa prise de connaissance par le proposant; et dès lors il pourra être rétracté jusqu'à cette connaissance.

Il y a là, nous semble-t-il, un dilemme, entre les deux termes duquel il faut nécessairement opter :

Ou bien la volonté existe dès qu'elle est manifestée

au dehors; et dès lors, s'il s'agit de l'acceptation, dès cet instant le contrat sera parfait, et toute rétractation ultérieure de cette acceptation, non avenue.

Ou bien la volonté n'existe qu'à la condition d'être connue de celui à qui elle s'adresse; et alors le contrat ne se formera que par cette connaissance, l'acceptation restant révocable jusque-là.

Admettre un moyen terme, prétendre que le dessaisissement de la lettre peut exercer une influence sur la volonté qui y est contenue, ne nous paraît plus logique.

Et d'ailleurs, que décidera-t-on, dans le système de l'expédition, si la lettre contenant acceptation est remise à un tiers, chargé lui-même de la jeter dans la boîte? Est-ce au moment du dessaisissement matériel de la lettre, ou seulement au moment où elle est déposée à la poste, que le contrat sera formé?

En fait, on a voulu donner à la « remise de la lettre dans la boîte » une importance qu'elle ne peut pas avoir. Cette remise serait, d'après nos adversaires, la consécration même du contrat par correspondance, l'acte sensible qui manifestât d'une façon définitive la volonté de l'acceptant. Jusqu'à ce moment, il n'y aurait rien de fait; puis subitement, et par la seule vertu d'un acte tout matériel et en lui-même insignifiant, le contrat se formerait. C'est oublier, ce nous semble, que la mission de la poste existe dans l'intérêt de tous, pour le besoin de chacun. C'est un intermédiaire commode, rendu d'un usage journalier par les progrès de la civilisation, un intermédiaire économique aussi, mais non indispensable. Et son emploi ne peut modifier en rien les principes du Droit, ni la façon juridique d'après laquelle le consentement doit s'exprimer.

Ce n'est pas tout encore. En repoussant l'instant de

la formation du contrat jusqu'au dessaisissement de l'acceptation, nos adversaires nous montrent, malgré eux, que la volonté n'a aucune valeur par elle-même, toute seule; qu'il lui faut quelque chose de plus que sa simple expression; donc que cette volonté n'est que relative, et qu'elle ne devient absolue que quand elle s'est posée sur celui à qui elle s'adresse. Ils veulent qu'elle soit non seulement manifestée, mais qu'elle fasse un premier pas vers son destinataire. C'est trop ou pas assez; ce qu'il faut, c'est qu'elle soit connue de lui.

Enfin, ils montrent encore que la difficulté de la preuve a guidé leur décision; et ils font remarquer bien haut, au point de vue pratique, cet avantage de leur système, à savoir que la date exacte de la formation du contrat sera facile à démontrer, grâce à la date d'expédition, apposée sur la lettre par l'administration des postes. Cet argument de fait, qui en droit n'a aucune valeur, n'est même pas exact, car la lettre peut séjourner dans la boîte un temps plus ou moins long, et le timbre dateur n'exprimera que très rarement l'instant précis du dépôt.

De tout cela il résulte, d'une façon évidente à nos yeux, qu'il n'y a que deux systèmes qui peuvent juridiquement se soutenir : le système de la déclaration pure et le système de l'information. Nous avons montré ce par quoi le premier pèche; il ne reste que celui auquel nous nous sommes rangé.

§ 17. — *Inconvénients du système de l'information au point de vue de la pratique.* — Nous ne prétendons pas que le système de l'information supprime toutes difficultés, et que sa consécration pure et simple par notre législation soit le seul but vers lequel on doit tendre.

Mais nous croyons qu'il est le seul conforme aux principes. — Il nous reste à indiquer quels inconvénients il entraîne, car au point de vue de la pratique, il en a de réels, nous ne cherchons pas à le cacher.

Ces inconvénients, dont nos adversaires font autant d'arguments contre nous, sont les suivants :

1° Il apporte un retard à la conclusion des contrats, en reculant l'instant de leur formation jusqu'à la prise de connaissance de l'acceptation;

2° Il présente, au point de vue de la preuve, de sérieuses difficultés.

§ 18. — Il apporte un retard à la conclusion des contrats, c'est exact, mais à cette objection nous faisons deux réponses : C'est la conclusion même du contrat qu'il retarde, mais non pas toujours son exécution. C'est ainsi qu'au cas, si fréquent dans les relations commerciales, d'offres faites à plusieurs, il permet d'exécuter sitôt le reçu de la première lettre d'acceptation, sans attendre les autres réponses; puisque pour nous le contrat se forme dès la lecture de cette lettre, et avec son auteur. Au contraire, pour nos adversaires, le contrat est dès longtemps formé, mais du moins faut-il attendre pour l'exécuter, la réception de toutes les réponses, pour savoir qui a écrit ou expédié sa lettre le premier; puisque celui-là est le véritable cocontractant. — En dehors même de cette hypothèse, et en supposant un contrat ordinaire, c'est-à-dire une offre faite à un seul et une seule acceptation, nous aboutissons le plus souvent à la même rapidité que les systèmes adverses. Il suffit pour cela de supposer que l'auteur de l'offre est le vendeur, ou d'une façon générale celui qui doit donner ou faire; en effet, dans tous ces cas, que le

contrat soit conclu dès l'instant de l'acceptation, ou seulement par la connaissance de cette acceptation, il est certain que l'offrant ne pourra commencer l'exécution que quand il aura reçu la lettre d'acceptation. — Reste une hypothèse, celle où l'offrant est l'acheteur, ou d'une façon générale le demandeur; dans ce cas, il est exact de dire que le système de l'information retarde le contrat, et ce retard parfois, en matière commerciale surtout, peut entraîner des inconvénients. Cependant il ne faut rien exagérer, et nous avons ailleurs restreint ces inconvénients à leur juste limite.

Le vendeur acceptant se trouve, d'après notre système, forcé d'opter entre ces deux procédés: ou envoyer de suite son acceptation, et attendre qu'elle soit parvenue à destination pour expédier les marchandises. Ce moyen lui offre toute sécurité; car, quand il commencera à exécuter le contrat, celui-ci sera irrévocablement formé. Mais il y a là un retard évident. — Ou bien exécuter de suite, sans accepter préalablement; auquel cas il peut se voir retourner les marchandises, si l'offrant a changé d'avis. Mais, pour ce deuxième cas, rappelons que le changement d'avis du proposant ne peut empêcher la conclusion du contrat, qu'à la condition d'arriver à la connaissance de l'acceptant, avant que l'acceptation (dans notre espèce l'exécution) soit connue de l'offrant. Donc, si les marchandises expédiées arrivent chez l'offrant avant que celui-ci se soit rétracté, ou seulement avant que sa rétractation soit connue du vendeur, le contrat est parfait et le refus des marchandises absolument impossible. D'où un remède bien facile et souvent employé, remède qui consiste pour le vendeur acceptant à prévenir par télégramme l'offrant de l'expédition qu'il vient de lui faire. Dès le télégramme arrivé

à destination, le contrat est parfait, et l'acceptant n'a plus à craindre de se voir retourner ses marchandises. Dans ces conditions, le retard et le danger du refus des marchandises disparaissent à peu près ¹.

Notre seconde réponse est que si notre système peut amener un léger retard dans la conclusion des affaires, par contre il évite bien des causes d'erreurs, bien des malentendus, bien des procès. Or, à tout prendre, une plus grande sécurité convient peut-être encore mieux aux affaires, même en matière commerciale, qu'une plus grande célérité.

§ 19. — Reste la deuxième objection. — La preuve de la formation du contrat, et surtout la preuve de l'instant où se forme le contrat, sont fort difficiles à administrer dans notre système.

En effet, le destinataire d'une correspondance n'étant pas tenu d'en prendre immédiatement connaissance, ni même d'en prendre jamais connaissance, peut, quoiqu'ayant reçu la lettre d'acceptation, ne pas l'avoir lue ; et s'il l'a lue, un temps plus ou moins long a pu s'écouler entre la réception de cette lettre et sa lecture. Or, d'après la théorie de l'information, c'est seulement la prise de connaissance de la lettre d'acceptation qui parfait le contrat ; c'est donc cette prise de connaissance qu'il faudra prouver, et parfois même l'instant

¹ Rappelons aussi que, dans la pratique commerciale, cette prétendue acceptation par exécution ne sera souvent que l'exécution même d'un contrat antérieurement formé ; souvent, en effet, la demande de l'acheteur n'est que l'acceptation d'une offre précédemment faite par voie d'affiche, d'insertion dans les journaux, de prospectus, ou de circulaire. Dans tous ces cas le contrat se forme dès que le vendeur a connaissance de la demande de l'acheteur ; l'offre préexistante et l'acceptation se réunissant et étant réciproquement connues à ce moment.

précis où elle a eu lieu. Il y a là une double difficulté. On ajoute que notre système permet au proposant d'opter entre les divers acceptants, puisqu'il est presque impossible de démontrer, de plusieurs lettres arrivées à peu près en même temps, laquelle a été lue la première.

Ces objections sont très exactes, et, dans la pratique, notre système pourrait entraîner des inconvénients sur ce point. Mais ici encore il ne faut rien exagérer.

Et tout d'abord, quant à l'instant précis de la formation du contrat, le même reproche peut être fait à tous les systèmes sans exception, la preuve en étant également difficile pour tous :

Dans le système de la déclaration pure, prouver l'instant même où la lettre d'acceptation a été rédigée, n'est pas chose aisée.

Dans le système de l'émission, le timbre dateur de la poste, disent nos adversaires, évite toute difficulté, car il fait lui-même la preuve de l'instant du dessaisissement. Encore faut-il pour cela que l'enveloppe de la lettre soit conservée, ou qu'on ait pris soin de ne pas la mettre sous enveloppe, afin que le timbre soit directement imprimé sur elle ! Mais, en supposant même que l'on puisse fournir l'empreinte du timbre, il n'en résulte pas une preuve certaine. Dans la pratique, il est vrai, et étant donné l'espace de temps, généralement court, qui sépare le dépôt de la lettre de l'apposition sur cette lettre du timbre dateur, on considère ces deux moments comme n'en faisant qu'un. Mais cela est le plus souvent contraire à la réalité. En fait, le timbre de la poste indique, non l'instant du dépôt de la lettre, mais soit l'heure, soit le numéro de la levée dont cette lettre faisait partie ; d'où il résulte que presque toujours une différence d'heures existera entre le moment du

dépôt et celui de l'apposition du timbre, la lettre ayant pu séjourner un temps plus ou moins long dans la boîte ; et parfois même une différence de jours, si la lettre n'a été déposée qu'après la dernière levée du soir. Cet inconvénient, il est vrai, disparaît en partie si l'on recourt à la transmission télégraphique. Malgré cela, on le voit, il est impossible en règle générale de connaître l'instant précis du dessaisissement de l'acceptation ; or cet instant doit être connu, d'après le système de l'émission, et parfois à une seconde près, si à une même offre plusieurs acceptations ont été expédiées à peu près en même temps.

Dans le système de la réception, la preuve sera plus facile, si l'acceptant prend soin de recommander sa lettre, ou de se faire notifier un accusé de réception de son télégramme. Mais, hors ces cas, encore assez exceptionnels dans les relations d'affaires, la difficulté recommence. Il est déjà peu aisé de prouver l'instant exact où une lettre ou un télégramme ont été remis à destination. Et encore est-ce bien suffisant ? Nous croyons plutôt que, dans ce système, c'est la remise au destinataire lui-même qui fixe la formation du contrat ; or un temps plus ou moins long peut s'écouler entre le moment où la lettre est apportée à son domicile, et celui où, après avoir couru après lui, s'il est en voyage par exemple, elle a été remise entre ses mains. Puis que décider au cas où l'offre d'un seul objet ayant été faite à plusieurs, plusieurs lettres d'acceptation font partie du même courrier ?

De tout ceci il résulte que, sur le premier point, c'est-à-dire sur l'instant où se forme le contrat, la difficulté de preuve, qu'on nous objecte, peut être retournée, au moins sans désavantage, contre tous les systèmes adverses.

Quant à la preuve même de la formation du contrat, elle serait, au dire de nos adversaires, beaucoup plus difficile dans notre système que dans les autres; puisque d'après eux, il suffit de démontrer que la lettre d'acceptation a été écrite, expédiée ou reçue, tandis que d'après nous, il faut en plus démontrer qu'elle a été connue du proposant.

Cette critique est-elle bien justifiée? Nous ne le croyons pas. Et en effet, si nous consultons les auteurs qui ont traité spécialement du contrat par correspondance, et adopté à son sujet une théorie opposée à la nôtre, nous constatons, qu'au chapitre réservé à la preuve du contrat, tous se préoccupent de savoir qui doit prouver, et comment on prouvera *l'expédition et la réception* de la lettre d'acceptation. Et comment en serait-il autrement? Quand même le contrat serait formé dès l'instant de la déclaration d'acceptation, il faut bien que l'acceptant prouve que sa réponse est parvenue au pollicitant; quand ce ne serait que pour prouver qu'il a rempli l'obligation qui lui incombait à lui-même; si l'on admet, avec M. Valéry, que la notification de l'acceptation n'est exigée que comme une des « suites que l'équité ou l'usage donnent à l'obligation d'après sa nature ¹. » Si le proposant ne recevait pas la réponse de l'acceptant, comment saurait-il qu'il est engagé? Comment pourrait-il exécuter le contrat, si c'est lui qui le doit exécuter? Comment pourrait-il refuser les demandes des tiers, s'il ne se savait déjà obligé? Il faut donc en définitive que l'acceptant, qui vient demander en justice l'exécution ou la résolution du

¹ Art. 1135 du Code civil. Voir Valéry, *loc. citat.* § 143 *in fine*. Nous avons précédemment critiqué cette manière de voir.

contrat, prouve que la partie adverse eût dû et pu l'exécuter. Mais alors, si l'on veut être logique, ce n'est pas la simple réception de la lettre qu'il lui faut prouver, mais encore sa prise de connaissance par le proposant; puisque nul n'est légalement tenu de lire les correspondances qu'il reçoit, et puisque la connaissance de l'acceptation peut seule mettre le proposant en demeure d'exécuter la convention. — Il résulte de là que cette difficulté de preuve, qu'on objecte sans cesse à notre système, non seulement existe dans tous les autres, mais encore, dans tous, est exactement la même.

§ 20. — Remarquons, en finissant, que la preuve en question est celle d'un fait tout matériel, le fait de la prise de connaissance, ou si l'on veut de la lecture de la lettre d'acceptation. L'acceptant pourra donc la faire par tout moyen. Il sera admis à invoquer toutes les circonstances capables de confirmer son assertion, et à fournir tous les témoignages possibles. Si le proposant est un commerçant, la preuve pourra résulter de l'enlissement qu'il a dû faire de la lettre à sa date de réception, ou d'une mention qu'il a pu inscrire à son sujet sur ses livres de commerce. Enfin, à défaut de tout autre moyen, on pourra recourir à l'interrogatoire du proposant, ou lui déférer le serment.

SOUS-SECTION IV

CONSÉQUENCES DES DIVERS SYSTÈMES, SPÉCIALEMENT AU POINT DE VUE DE LA FACULTÉ DE RÉTRACTATION

§ 1. — Nous n'avons pas l'intention d'énumérer ici les conséquences diverses qu'entraîne chacun des sys-

tèmes exposés précédemment. Les différences qui séparent ces systèmes dans leurs résultats, nous les avons déjà montrées pour partie, et nous les signalerons encore au cours de cette étude, chaque fois que l'occasion s'en est présentée ou s'en présentera. D'ailleurs, en traitant des intérêts qu'offre la controverse, nous les avons presque toutes au moins brièvement signalées. Nous ne voulons qu'insister sur quelques-unes des plus importantes, et en particulier sur la faculté de rétractation.

§ 2. — Nous rappelons ici, pour mémoire seulement, que l'acceptation du contrat par correspondance peut être tacite, même pour les partisans du système de l'information. Elle résultera, par exemple, de l'exécution de la convention. Seulement, tandis que, d'après les théories de la déclaration pure et de l'émission, le contrat se forme dès le premier acte d'exécution manifestant d'une façon évidente la volonté de son auteur, pour nous, il ne sera définitif que quand le proposant aura eu connaissance, d'ailleurs d'une façon quelconque, de cette exécution.

§ 3. — Pour la faculté de rétractation, il faut distinguer l'offre de l'acceptation.

Rétractation de l'offre. — Quel que soit le système que l'on adopte, un premier point est certain : L'offre peut être révoquée jusqu'au moment où elle parvient à la connaissance du futur acceptant. En admettant même, avec nos adversaires, que cette offre, encore ignorée, ait déjà une existence juridique, il n'en est pas moins vrai qu'il n'y a pas d'accord de volontés, pas de contrat. Œuvre d'une volonté unilatérale, l'offre ne saurait, à elle seule, engager son auteur. Il peut donc la retirer

tant qu'elle est ignorée. Et de ce fait, il ne se rend passible d'aucuns dommages-intérêts, car il n'a fait qu'user de son droit, et de plus, n'a causé aucun tort au destinataire de cette offre.

Une fois la proposition connue du futur acceptant, peut-elle encore être rétractée? Oui, dans tous les systèmes. Mais pas pendant le même délai. On applique toujours le même principe, à savoir que l'offre peut être révoquée jusqu'à la conclusion définitive du contrat; mais comme c'est justement ce moment qui varie avec chaque système, il en résulte que l'offre n'est pas aussi longtemps révocable selon tous.

D'après le système de la déclaration pure, le plus bref de tous, le contrat se forme dès l'instant de la déclaration d'acceptation. Donc, si la révocation de l'offre est postérieure à cet instant, elle est inutile et de nul effet.

D'après le système de l'expédition, l'offre peut être rétractée jusqu'au moment où la lettre d'acceptation est jetée à la poste.

Elle peut l'être, dans le système de la réception, jusqu'au moment où la lettre d'acceptation est remise à son destinataire.

Enfin, d'après notre système (information), elle peut l'être jusqu'au moment où le proposant prend connaissance de la lettre d'acceptation.

On voit que notre théorie retarde la conclusion définitive du contrat, et laisse plus longtemps que les autres au proposant la faculté de se rétracter.

Cette première différence en entraîne logiquement une autre. Pour nous, ce n'est pas le fait même de la rétractation, qui vaut anéantissement de l'offre faite, c'est seulement la connaissance que prend l'acceptant

de cette rétractation. Une volonté, nous l'avons dit, n'existe que quand elle est connue; or, la rétractation de l'offre n'est qu'une volonté nouvelle qui vient se substituer à l'ancienne, et qui, comme elle, ne peut acquérir une existence juridique que par la connaissance qui en est prise. Il faudra donc non seulement que l'offre soit rétractée avant la conclusion définitive du contrat, pour arrêter cette conclusion, mais encore que la rétractation soit connue de l'acceptant; en d'autres termes, le contrat se formera, malgré la révocation de l'offre, si cette révocation n'est connue de l'acceptant qu'après que son acceptation l'aura été du proposant.

Pour être logiques, nos adversaires ne devraient point accepter cette idée. Pour eux, il doit suffire que la rétractation de l'offre soit déclarée, expédiée ou reçue, avant que l'acceptation elle-même soit déclarée, expédiée ou reçue, sans exiger plus la connaissance de l'une que de l'autre. Et en fait, c'est cette conséquence que la plupart admettent. « La rétractation de l'offre est valable, dit M. Girault¹, partisan du système de l'émission, pourvu qu'elle soit *expédiée* avant l'acceptation². » Nos adversaires expliquent ce résultat en disant que tout contrat suppose essentiellement l'accord des volontés, et que cet accord, dans l'espèce, a été impossible, puisqu'au moment où l'acceptant écrivait ou expédiait sa lettre d'acceptation, l'offre n'existait plus, quoiqu'il n'en connût pas encore la révocation.

Nous ferons deux critiques à ce raisonnement. La première, c'est la singulière conséquence à laquelle il conduit : L'acceptation, par ce fait seul qu'elle s'ex-

¹ A. Girault, *loc. citat.* § 98, p. 140.

² *Sic* Pothier, *Vente*, n° 32; — Demolombe, t. I des Contrats, nos 70, 71; — R. Rousseau, *loc. citat.* §§ 65 et suiv.

primé ou que l'acceptant s'en dessaisit, parfait le contrat; mais ce contrat n'est pas définitif, il n'est que conditionnel; il reste subordonné à la condition qu'une rétractation, survenue avant l'acceptation, n'arrive pas dans la suite à la connaissance de l'acceptant. Donc voilà un contrat qui existe pour l'acceptant et n'existe pas pour l'offrant. En fait, si la condition se réalise, il sera rétroactivement anéanti, il n'aura jamais existé. Mais en pratique, les conséquences sont très graves, plus graves que toutes celles qu'on reproche à notre système, et que d'ailleurs, avec quelques précautions, on peut éviter. Supposons, en effet, que l'acceptant exécute de suite le contrat que, dans l'ignorance du changement de volonté de l'offrant, il croit définitif; les démarches, les frais qu'il aura faits, le transport inutile de ses marchandises, tout cela aura été en pure perte. Sans doute, il sera désintéressé du tout par l'offrant, responsable de sa rétractation inopportune; mais quel trouble, quelle insécurité cela ne procure-t-il pas aux affaires?

La deuxième critique est que l'opinion adverse fait abstraction complète du caractère spécial et nécessaire des contrats par correspondance, à savoir que, dans ces contrats, le consentement ne se réalise qu'au moyen d'une fiction juridique. D'une façon générale, pour qu'un contrat se forme, il ne suffit pas que chaque volonté s'exprime isolément, il faut de plus que chacune soit maintenue par son auteur jusqu'à la rencontre des deux. Or le proposant absent ne pouvant à chaque instant renouveler l'offre faite, on en arrive par la force des choses à considérer cette offre comme se maintenant elle-même, tant qu'il n'y paraît rien de contraire. Cette fiction de continuité, qui est l'essence même du contrat

entre absents, est reconnue par tous. M. Valéry ¹, partisan du système de la déclaration, s'exprime ainsi sur le compte de l'offre faite entre absents : « La proposition acquiert ainsi une existence en quelque sorte *indépendante et extérieure* ; elle *représente* la volonté de son auteur auprès de l'autre partie. » Une telle affirmation nous semble dangereuse pour nos adversaires. Cette idée d'une volonté indépendante de son auteur et le représentant auprès de l'autre partie, ressemble beaucoup à l'idée que nous avons précédemment émise sur la relativité de la volonté. Par elle-même, avons-nous dit, une volonté n'est rien ; elle n'acquiert sa force que quand elle se repose sur son sujet, sur celui à qui elle s'adresse ; donc elle n'existe que si elle est connue de lui. Cette critique est un peu subtile, mais on en peut faire d'autres encore à l'expression précitée : Si l'offre une fois connue du futur acceptant est devenue indépendante de l'offrant, comment se fait-il que le simple changement de volonté de cet offrant la puisse faire tomber ? De deux choses l'une : ou bien la proposition ne se maintient que par un acte permanent de la volonté de son auteur, et alors elle n'a pas acquis une existence indépendante de lui ; — ou bien elle est devenue extérieure, et alors elle vit soit par elle-même, soit dans la personne de l'acceptant ; et dans les deux cas le résultat est le même, à savoir qu'elle ne tombera que quand l'acceptant aura été averti du changement de volonté. — On ajoute que l'offre « représente la volonté de son auteur auprès de l'autre partie. » Elle jouerait donc en quelque sorte le rôle d'un mandataire ; mais on oublie alors qu'aux termes des articles 2003 et 2009 du Code civil,

¹ *Loc. citat.* § 81, p. 83.

les actes que le mandataire a faits, après la révocation de son mandat, mais dans l'ignorance de cette révocation, sont parfaitement valables. De là, en effet, il résulte que la première volonté exprimée (la proposition) ne sera anéantie que si sa révocation parvient en temps utile à la connaissance de l'acceptant.

Objecte-t-on que notre système conduit à un résultat impossible, puisqu'il admet la formation d'un contrat auquel l'une des parties ne consent plus? Mais ce résultat peut se produire dans tous les systèmes, car, dès l'instant où l'offrant a été bien résolu de rétracter son offre, et avant même la déclaration, l'expédition ou la réception de sa rétractation, il est vrai de dire qu'il ne consent plus, quoique son changement de volonté n'ait pas encore acquis une existence juridique. Pourtant, nul n'oserait admettre que le simple changement intime de volonté suffirait à empêcher le contrat de se conclure.

Ces raisons sont sérieuses, si sérieuses même qu'elles ont convaincu quelques-uns de nos adversaires¹, qui veulent aussi que la rétractation soit connue pour produire ses effets. Est-il alors besoin de faire remarquer quel argument cette concession à notre système nous fournit?

Nous concluons donc que l'offre peut être rétractée jusqu'à la conclusion définitive du contrat, c'est-à-dire, pour nous, jusqu'à ce que l'acceptation soit connue du proposant. Mais ce qui vaut rétractation, c'est non pas le seul fait du changement de volonté, mais la prise de connaissance de ce changement par l'acceptant. Donc enfin le contrat ne sera formé que si l'accepta-

¹ E. Hepp, *loc. citat.* § 111 ; — Serafini, § 22 (II), pp. 38, 39.

tion est connue du proposant avant que la rétractation de l'offre ne le soit de l'acceptant.

Nous avons supposé toujours que le proposant ne s'était pas engagé à maintenir son offre pendant un certain temps. Nous ne revenons pas ici sur les offres faites avec concession de délai, que nous avons étudiées avec détails dans un chapitre précédent.

Nous faisons une dernière remarque : Les auteurs sont aujourd'hui à peu près unanimement d'accord pour admettre que, si l'offre peut être rétractée jusqu'à la conclusion du contrat, l'offrant n'en est pas moins passible, du fait de cette rétractation, de dommages-intérêts envers l'acceptant, pour tout le préjudice qu'elle lui a pu causer. Nous avons aussi traité cette question précédemment.

§ 4. — *Rétractation de l'acceptation.* — Les conséquences strictes qu'entraîne chaque système sont les suivantes :

Dans les systèmes de la déclaration *stricto sensu* et de l'émission, le contrat se formant dès l'instant de la déclaration d'acceptation, ou du dessaisissement de cette acceptation, aucune rétractation n'est possible pour l'acceptant.

Dans le système de la réception, et dans le nôtre (information), l'acceptant peut au contraire se rétracter ; dans le premier, jusqu'à la réception de l'acceptation, dans le deuxième, jusqu'à sa prise de connaissance.

Engager définitivement l'acceptant dès l'instant où il déclare accepter, lui refuser toute faculté ultérieure de rétractation, et cela quoique la partie adverse ignore si le contrat se formera jamais, et ne soit pas encore en mesure de l'exécuter, c'est là un des inconvénients les

plus sérieux du système de la déclaration. Aussi un bon nombre de ses partisans¹ a-t-il fait sur ce point une grave concession à notre théorie, et admis que l'acceptant pouvait néanmoins se rétracter, pourvu que sa révocation soit connue du proposant avant ou au plus tard en même temps que l'acceptation elle-même. Mais cette idée, qui est la conséquence naturelle de notre théorie, est l'annulation même de celle de nos adversaires.

Sur ce point, notre système est beaucoup plus équitable et aussi plus conforme aux besoins du commerce, que les théories adverses. Prenons un exemple : Un étranger me fait par écrit une offre avantageuse, mais nécessitant de ma part une mise de fonds considérable. Comptant sur une somme élevée que doit m'apporter un débiteur, je mets à la poste la lettre qui contient mon acceptation. A peine ai-je ainsi fait, que l'on vient m'apprendre que mon débiteur a fait faillite et est insolvable. Le système de l'information me permet de me rétracter. Le système de la déclaration me le défend. Et cependant que ce soit mon acceptation ou mon refus qui arrive au pollicitant, il n'en résultera pour lui aucun dommage, car jusqu'à la réception de ma lettre il ne peut savoir si j'accepterai ou non sa proposition.

Nous ajoutons qu'en vertu des règles précédemment posées, c'est ici encore, non pas le seul fait de la rétractation, mais seulement la connaissance de cette rétractation par le proposant qui vaudra changement de volonté. Il faudra donc, pour que le contrat ne prenne pas naissance, que la révocation de l'acceptation arrive au plus tard à la connaissance du proposant en même

¹ A. Girault, § 94 ; — Lyon-Caen et Renault, *Droit commercial*, t. III, § 27 ; — Serafini, § 24.

temps que l'acceptation elle-même. MM. Delamarre et Le Poitvin, partisans de notre système¹, croient cependant, nous l'avons déjà constaté, que le seul changement de volonté de l'acceptant empêche la conclusion du contrat. Cette erreur s'explique parce qu'on se fait difficilement à cette idée, qu'une convention peut se former alors qu'en fait l'une des parties n'y donne plus son consentement. Mais c'est là une conséquence nécessaire du contrat entre absents, de la fiction de continuité sur laquelle il repose, enfin de cette idée qu'une volonté n'existe juridiquement que quand elle est connue.

§ 5. — *Mort et perte de capacité des parties.* — Les mêmes règles s'appliquant au cas où l'un des contractants vient à mourir ou à perdre sa capacité juridique, nous allons étudier les deux hypothèses tout ensemble.

Mort ou perte de capacité du proposant. — Une volonté, avons-nous dit, ne doit pas seulement s'exprimer, mais se maintenir. En vertu de la fiction de continuité qui s'applique à la volonté manifestée entre absents, celle-ci est réputée se perpétuer tant que rien n'en vient indiquer le changement. Mais encore pour cela faut-il qu'une impossibilité matérielle ne s'oppose pas à la continuation de l'état de choses. Or c'est le résultat que produit la mort ou l'incapacité du proposant. La mort anéantit la volonté, elle empêche par là même celui qui a exprimé cette volonté de la maintenir.

Aussi admet-on en général que la mort ou la perte de capacité de l'offrant anéantit l'offre faite, et par là empêche le contrat de se former. Jusqu'à quel moment produit-elle ce résultat? Jusqu'à la conclusion défini-

¹ *Droit commercial*, t. I, § 407.

tive du contrat. D'où ici encore résultats variant avec les systèmes :

Dans la théorie de la déclaration, le contrat est impossible si l'offrant vient à mourir avant la déclaration d'acceptation, ou tout au moins avant le dessaisissement de cette acceptation.

Dans la théorie de la réception, si l'offrant meurt avant d'avoir reçu la lettre d'acceptation, il n'y a jamais eu de contrat.

Dans le système de l'information, pour que la convention se forme irrévocablement, il faut que le proposant prenne connaissance de l'acceptation, avant toute *capitis deminutio*.

Nous savons que si les héritiers du proposant maintenaient l'offre faite par leur auteur, ce serait en réalité une offre nouvelle venant se substituer à la première, et exigeant une acceptation nouvelle.

Mort ou perte de capacité de l'acceptant. — Ce changement de capacité peut se produire soit avant, soit après l'acceptation.

Avant ? Il empêche le contrat de se former ; et par là nous ne voulons pas dire qu'il empêche sa conclusion avec le destinataire de l'offre, ce serait trop évident ; mais il l'empêche même avec ses héritiers. En effet, l'offre étant en général personnelle, il faut que le proposant la renouvelle pour que les héritiers du destinataire mort la puissent accepter.

Après ? La question ne se pose pas pour les partisans de la déclaration pure, puisque pour eux l'acceptation, dès qu'elle s'exprime, parfait le contrat.

Elle se pose à peine pour les partisans de l'émission, car l'intervalle de temps qui sépare la rédaction de la lettre de son expédition est en général très court.

Elle se pose au contraire dans les deux systèmes de la réception et de l'information. Dans le premier, le changement de capacité de l'acceptant entraînera révocation de son acceptation, pourvu qu'il se produise avant la réception de cette acceptation par le proposant; et avant sa prise de connaissance par ce même proposant, dans le second.

Ici comme au cas de révocation volontaire, nous pouvons invoquer, en dehors des principes mêmes de notre système, l'équité et le défaut d'intérêt du proposant.

Cependant quelques auteurs, et en particulier M. Larombière¹, ont enseigné que la mort ou la perte de capacité de l'une des parties, loin d'anéantir son consentement, le consacraient au contraire, le rendaient définitif, en empêchant toute révocation ultérieure de le modifier. Certaines législations étrangères, nous l'avons vu, ont adopté la même manière de voir. Elle produit ce résultat que le contrat peut néanmoins se parfaire si l'offrant ne meurt qu'après l'envoi de son offre, ou l'acceptant qu'après celui de son acceptation. Il est inutile de discuter longtemps cette opinion; la meilleure objection qu'on puisse lui faire est que la mort empêche bien une révocation ultérieure du consentement exprimé, mais en ce sens qu'elle le révoque elle-même *ipso jure*.

§ 6. — Dans l'hypothèse souvent prévue de propositions qui se croisent, le système de l'information place la naissance du contrat au moment seulement où la lettre la plus tardive parvient à la connaissance de son destinataire, car c'est à ce moment seulement qu'existe

¹ Larombière, t. I, § 20.

cette connaissance réciproque des volontés qui, pour nous, est l'essence même du consentement.

SECTION III

Preuve des Contrats par correspondance

§ 1. — La première question que soulève la preuve des contrats par correspondance est celle-ci : Les lettres missives, et les télégrammes qu'on peut en principe leur assimiler, peuvent-ils être produits et faire foi en justice ?

Cette question, nous l'avons examinée en détails à propos des discussions que le contrat par correspondance a fait naître, au début du siècle, entre les auteurs ¹. Nous rappelons seulement ici l'opinion que nous avons adoptée, et qui est généralement enseignée à l'heure actuelle :

La production en justice des lettres des parties peut suffire à faire *preuve complète* d'une convention ; et cela soit en matière commerciale, ce que les textes du Code de commerce ne permettent pas de mettre en doute ; soit en matière civile, malgré le mutisme du Code civil au titre de la preuve ².

Il nous reste à examiner :

1° A quelles conditions la correspondance échangée entre les parties suffira à faire preuve complète de la

¹ Voir *suprà*, deuxième partie, chap. I, section III, §§ 6 et suiv.

² Voir en sens contraire : Laurent, L. XIX, n° 224 ; — Lyon-Caen et Renault, *Droit commercial*, t. III, § 64 ; — E. Hepp, *De la correspondance privée*, § 103.

convention, c'est-à-dire le degré de force probante des lettres missives ;

2° A quelles conditions cette correspondance peut être produite devant les tribunaux.

§ 2. — *Force probante de la correspondance.*

1° — EN MATIÈRE CIVILE. — Le Code civil, ne comprenant pas les lettres missives dans son énumération des modes de preuve (art. 1316), ne règle dès lors en aucune façon le degré de force probante qui s'y attache. Il en résulte que ce point est laissé à l'appréciation souveraine des tribunaux.

Suivant les cas, le juge pourra trouver, dans les pièces de la correspondance produite : soit des éléments suffisants pour faire preuve complète de la convention ; soit seulement un commencement de preuve par écrit, rendant admissible la preuve testimoniale. Il pourra enfin les rejeter s'il ne leur reconnaît aucune valeur ¹.

Si l'ensemble des lettres produites au procès contient manifestement l'accord des parties, et l'énoncé des clauses et conditions du contrat intervenu, le juge devra décider que ces lettres font preuve complète de la convention.

Si la correspondance présentée au tribunal ne renferme pas tous les éléments du contrat, le juge ne devra pas pour cela la rejeter. Il pourra encore y trouver un commencement de preuve par écrit, donnant ouverture à la preuve testimoniale ou par simple présomption, si cette correspondance satisfait à l'article 1347 du Code civil ².

¹ Demolombe, t. VI des Contrats, § 663, 4 ; — Ch. Darquer, *loc. citat.* p. 90 ; — A. Girault, *loc. citat.* § 141 ; — Valéry, *loc. citat.* § 279, Etc.....

² En ce sens : Cassation, 3 juillet 1850 (D. 50, 1, 209).

Enfin, si les lettres invoquées sont étrangères à la question en litige, le juge devra leur refuser toute force probante. Il en serait de même si la partie qui les a produites voulait y chercher la preuve d'un contrat solennel ¹.

Les principes généraux étant posés, précisons-les par quelques espèces :

Il s'agit d'une convention synallagmatique. Pour que la correspondance produite en fasse preuve complète, il faut que les lettres des deux parties soient représentées, afin que l'accord des volontés soit établi : A elle seule, la lettre d'offre ne prouverait rien, puisque rien n'indique que la proposition a été acceptée. A elle seule, la lettre d'acceptation peut faire présumer qu'une proposition a été faite, mais elle ne le prouve pas. — Je remarque toutefois que, si d'ailleurs la lettre d'offre est produite, la preuve de l'acceptation pourra se faire séparément, si cette acceptation a consisté dans un fait, par exemple dans l'exécution même du contrat ².

Il s'agit d'une convention unilatérale. La preuve du contrat sera complète, si on produit au procès les deux lettres d'offre et d'acceptation. Mais ici, comme une seule des parties s'oblige, la preuve sera complète encore si on ne produit qu'une seule lettre, à la condition que cette lettre émane de la partie qui s'oblige, et qu'elle contienne la reconnaissance de la dette et le montant de cette dette ³.

Supposons maintenant que l'ensemble de la correspondance produite au procès ne contient pas la manifestation d'un consentement bilatéral, ou ne renferme pas

¹ Girault, *loc. citat.* § 141 *in fine*.

² Darquer, *loc. citat.* p. 91 ; — Valéry, § 270.

³ Valéry, § 281.

toutes les conditions du contrat ; supposons encore qu'une seule des lettres échangées a été représentée ; le juge pourra trouver là un commencement de preuve par écrit, si la pièce produite émane « de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qu'elle rende vraisemblable le fait allégué » (art. 1347). C'est ce qui aura lieu, par exemple, si la lettre d'acceptation est seule produite, car elle fait présumer l'offre ; ou si l'acheteur, qui réclame l'exécution de la vente, représente une lettre du défendeur (le vendeur), dans laquelle ce dernier, sans affirmer la conclusion de la vente, y fait allusion ¹.

Enfin, la preuve qu'on veut tirer de la correspondance sera rejetée, si les lettres produites ne renferment pas « d'indications suffisamment graves, précises et concordantes sur la convention à établir ², » ou s'il s'agit d'un contrat qui ne se peut conclure par correspondance.

§ 3. — L'article 1341 du Code civil fait naître ici une difficulté : Que les lettres des parties puissent faire preuve complète d'une convention dont l'objet ne dépasse pas 150 fr., cela va de soi ; mais si son objet est d'une valeur supérieure à 150 fr., l'article 1341 ne leur enlève-t-il pas cette force probante ? On a répondu, qu'en prescrivant qu'il soit *passé acte* de toutes choses excédant la somme ou valeur de 150 fr., notre texte entendait seulement exiger un écrit quelconque ; et dès lors, que les lettres missives satisfaisaient aussi bien au vœu de la loi que l'acte authentique ou sous seing

¹ E. Hepp, *loc. citat.* § 103 ; — Darquer, p. 91 ; — A. Girault, § 141 (b) ; — Valéry, p. 259.

² Valéry, § 279, p. 258 *in fine*.

privé¹. — Il nous semble difficile d'accepter cette idée, car les premiers mots de l'article 1341 précisent bien qu'il s'agit « d'acte devant notaires ou sous signature privée. » Il est plus exact de dire, comme nous l'avons déjà fait, que le législateur, en rédigeant ce texte, n'a nullement songé aux contrats par correspondance, et par conséquent que l'article 1341 ne leur est pas applicable. Il résulte de là que la production des lettres des parties pourra faire preuve complète d'une convention, quelle que soit la valeur de son objet.

§ 4. — *A quelles conditions une lettre peut-elle faire foi en justice ?* — Le Code étant muet sur ce mode de preuve, les lettres missives ne sont soumises à aucune formalité. Aussi pensons-nous que, pour faire preuve de la convention qu'elle relate, il suffit que la lettre émane vraiment de la personne à qui on l'oppose. La lettre produite en justice devra donc être reconnue volontairement par son auteur, ou en cas de dénégation de sa part, vérifiée et déclarée sincère : « *Epistola recognita si non fuerit, nullam facit probationem*². »

Aucune autre condition ne nous semble exigée. Donc la lettre peut être écrite en langue étrangère, même en signes conventionnels adoptés par les parties, pourvu que son sens exact puisse être connu.

De même, il n'est pas nécessaire que la lettre soit écrite de la main de son signataire ; rien ne s'oppose à ce qu'il la dicte à un secrétaire. Elle pourrait encore être imprimée ou autocopiée. Elle n'a pas non plus besoin d'être datée.

¹ G. Cousin, *Des Contrats entre absents* (thèse), pp. 211, 212.

² Ansaldus, Disc. 82, n° 7 ; — Massé, *Droit commercial*, t. IV, § 2456.

Mais, faut-il qu'elle soit signée de son auteur ? — On enseigne d'ordinaire l'affirmative ¹. Les raisons que l'on en donne se résument à ceci : Tout d'abord, la règle générale est qu'un acte n'a de valeur juridique que s'il est signé. Puis, la signature serait comme la dernière approbation donnée à un écrit par son auteur. Cette idée conduit à ne considérer la lettre non signée que comme un simple projet, à lui refuser toute force probante. — Ce système nous semble trop rigoureux. Les conséquences qu'il entraîne seraient une entrave pour la conclusion des contrats par correspondance.

En effet, la signature est nécessairement *manuelle* ² ; elle suppose de plus les divers éléments suivants : apposition lisible, au bas d'un écrit, du nom de son auteur, par lui-même. Par conséquent, non seulement la lettre non signée n'aurait aucune force probante, mais encore la lettre munie d'un sceau de cire en guise de signature, ou de l'empreinte d'une griffe ; de même de la lettre signée par le tiers à qui son auteur l'a dictée ; encore la lettre qui ne contient qu'à son début le nom de son auteur, par exemple dans un en-tête imprimé ; ou la lettre dont la signature est imprimée, ou illisible. Enfin il y aurait là une grande difficulté pour tous les gens qui ne savent ni écrire, ni signer, et qui, pour traiter par correspondance, sont obligés de recourir à un scribe.

Je m'empresse d'ajouter que le système que je combats n'admet pas ces conséquences extrêmes. Dans bien des cas, par exemple quand la lettre renferme un en-tête imprimé, ou est revêtue du cachet ordinaire de

¹ Massé, *loc. citat.* ; — Valéry, § 300.

² Avis du Conseil d'Etat du 1^{er} avril 1808 ; — Valéry, § 301.

son auteur, ou signée par l'indication d'un lien de parenté (« Ton frère »), ou même quand, sans être signée, elle est du moins écrite de la main de son auteur prétendu, il considère que la lettre peut servir de commencement de preuve par écrit ¹.

Nous allons plus loin, et nous pensons que la signature n'est pas obligatoire pour permettre à la lettre produite de faire foi en justice. Il suffit, à nos yeux, que, par l'en-tête de la lettre, le cachet ou la griffe qui la scellent, ou simplement par les termes ou expressions qu'elle contient, l'identité de son auteur soit évidente. La signature ne nous semble pas une condition formelle. En effet, la règle, qu'un acte doit être signé pour avoir une valeur juridique, n'est pas absolue ; le Code civil, dans l'article 1332, nous cite des actes qui font foi sans être signés ; et dans l'article 1333, un mode de preuve littérale qui ne comporte pas de signature. D'ailleurs, les lettres ne rentrant pas dans la catégorie des actes, ne sauraient être soumises aux formalités exigées pour ceux-ci. — L'obligation où sont les parties de signer l'acte sous seing privé s'explique facilement : C'est la preuve de l'adhésion des contractants à tout ce qui est contenu dans l'acte, acte que l'un d'eux au moins n'a pas écrit de sa main ; la signature des parties marque aussi la fin de l'acte, et par là empêche l'adjonction à son texte de clauses non convenues entre les contractants. Rien de semblable pour la lettre missive ; elle n'est pas rédigée pour dresser une preuve de la convention, elle est la manifestation d'une volonté unique ; qu'importe alors qu'elle soit ou non signée, pourvu qu'elle fasse connaître son auteur ? Un acte peut

¹ Valéry, pp. 276, 277.

être soumis à des formalités ; une volonté doit se manifester au dehors et faire connaître son auteur, rien de plus. Enfin ce qui indique que le contenu de la lettre est bien l'expression définitive de la volonté de celui qui l'a écrite, c'est moins la signature qu'il y appose, que l'envoi qu'il en fait à son destinataire. Donc la lettre produite en justice fera foi, croyons-nous, même si elle n'est pas signée ; sauf à son auteur à prouver que la lettre a été expédiée sans sa volonté, par suite d'une erreur par exemple, ou du zèle maladroit d'un tiers. — Il résulte de là que la partie, qui invoque en justice une lettre non signée, n'aura pas d'autre preuve à faire. Dans le système que nous combattons, cette lettre vaut tout au plus comme commencement de preuve par écrit, et comme telle oblige celui qui la produit à compléter sa preuve. Cette conséquence nous semble injuste, car le destinataire de la lettre, malgré l'absence ou l'irrégularité de sa signature, a dû la considérer comme sérieuse, et souvent aura exécuté les ordres qu'elle contenait. Au contraire, il y a au moins négligence de la part de son auteur, à laisser expédier une lettre incomplète.

En résumé, l'envoi de la lettre à son destinataire, quand cette lettre indique suffisamment son auteur, lui permet, croyons-nous, de faire foi en justice ; la signature ne nous semble pas obligatoire. Ce sera à son auteur de combattre la preuve qui en résulte, si l'envoi a été fait indépendamment de sa volonté.

§ 5. — *A l'égard de quelles personnes la correspondance produite en justice fait-elle foi ?* — Les lettres missives font preuve, non seulement entre les personnes qui les ont écrites et reçues, mais encore à l'égard de leurs héritiers et ayants cause. Elles font également preuve contre les tiers.

Quand nous disons que la correspondance fait preuve contre les tiers, cela signifie « que la convention ou la libération prouvée par la correspondance peut leur être opposée de la même manière que si elle était constatée par des actes proprement dits, et dans tous les cas où il s'agit d'un fait de nature à être opposé aux tiers ¹. » En d'autres termes, la lettre missive ne peut jamais faire preuve à l'encontre des tiers que des faits dont un acte sous seing privé ferait foi contre eux ².

Cette observation nous indique quelle solution s'impose quant à la preuve de la date. A l'égard des tiers, la lettre ne peut avoir plus de force que l'acte sous seing privé. Or l'article 1328 du Code civil détermine les circonstances qui font acquérir à l'acte sous seing privé date certaine à l'encontre des tiers. Ces circonstances sont au nombre de trois : enregistrement de l'écrit ; mort de l'un de ses signataires ; relation de sa substance dans un acte authentique. Les auteurs sont d'accord pour considérer cette énumération comme limitative. Il résulte de là que la lettre missive n'acquerra date certaine à l'égard des tiers que dans l'un des trois cas énumérés dans l'article 1328 ³.

Mais, remarquons-le, les prescriptions de notre texte n'ont pour but que de donner à l'écrit date certaine vis-à-vis des tiers. Elles n'ont pas trait aux rapports des parties entre elles. Dès lors, croyons-nous, si la lettre est datée, elle fera foi entre les contractants, au moins jusqu'à preuve contraire, de la sincérité de sa date. Si elle ne l'est pas, la preuve de la date, entre les parties,

¹ Massé, *Droit commercial*, t. IV, § 2460.

² Girault, *loc. citat.* § 142, p. 241 ; — Valéry, *loc. citat.* § 283.

³ Girault, § 142 ; — A. Legris, *Du secret des lettres missives*, § 123 ; — Valéry, § 290.

pourra être administrée par tout moyen¹. Enfin, le timbre apposé par la poste sur l'enveloppe de chaque lettre aidera à faire cette preuve, puisqu'il détermine, approximativement du moins, le moment où son auteur s'en est dessaisi². D'où une excellente précaution, pour l'auteur de toute correspondance, qui consiste à ne pas se servir d'enveloppe et à écrire l'adresse au dos de sa lettre ; car alors le timbre de la poste se trouve imprimé sur la lettre même, et son destinataire ne peut plus, en supprimant l'enveloppe, empêcher de prouver la date de l'expédition³. Toutefois, nous le répétons, le timbre de la poste ne peut pas faire preuve de la date à l'égard des tiers⁴.

Enfin, si le contrat conclu par correspondance est translatif de propriété ou de droit réel, il tombe sous le coup de la loi du 23 mars 1855 ; c'est-à-dire que les droits qu'engendre ce contrat ne deviendront opposables aux tiers que quand l'acquéreur les aura fait transcrire⁵. Cette question de la transcription des lettres missives a soulevé plusieurs difficultés. Nous allons seulement indiquer la plus grave, ainsi que la solution qu'on lui donne généralement. Cette étude nous entraînerait en dehors du cadre que nous avons dû nous tracer.

Peut-on transcrire des lettres missives ? Le doute vient de ce que la loi de 1855 veut qu'on transcrive « *l'acte translatif de propriété*. » Or les lettres ne sont pas des actes

¹ Valéry, § 292.

² Massé, *loc. citat.* § 2461 ; — Girault, § 142 ; — Darquer, pp. 91, 92.

³ Darquer, p. 92.

⁴ Aubry et Reau, t. VIII, § 754.

⁵ Ch. Darquer, chap. v, pp. 96 et suiv. ; — A. Girault, chap. iv, §§ 126 et suiv. ; — Valéry, §§ 293 et suiv.

translatifs de propriété ; en tous cas ce sont des actes incomplets. — La Cour de Paris, le 6 mai 1865¹, décida que la transcription qu'avait fait faire un acheteur de la lettre qui lui proposait la vente, avec la copie de la lettre par laquelle il avait accepté, était insuffisante. Toutefois l'arrêt ajoutait que, si l'acheteur avait fait signifier par huissier son acceptation, et fait transcrire avec l'acte d'huissier, la lettre lui proposant la vente, la transcription eût satisfait au vœu de la loi. — La doctrine va plus loin ; elle est aujourd'hui fixée en ce sens que la transcription de la correspondance suffit pour assurer à l'acquéreur la conservation de ses droits². Les raisons qu'on en donne sont : d'abord les nécessités de la pratique, puis cette considération fort juste que « la transcription a pour but, non point de déterminer à qui appartient le droit de propriété, mais simplement de rendre publics les actes translatifs de droits immobiliers, quelles que soient leur valeur et leur efficacité³. » Nous nous rangeons complètement à cet avis⁴.

§ 6. — *Preuve qu'on peut tirer de la production de lettres autres que celles échangées entre les parties.* — Les parties, nous le savons, peuvent produire en justice les lettres qu'elles se sont écrites à l'occasion d'une affaire, et le juge y trouvera soit une preuve complète de la convention, soit du moins un commencement de preuve par

¹ Cour de Paris, 6 mai 1865 (D. 67, 2, 25).

² Flandin, *De la transmission en matière hypothécaire*, t. I, § 80 ; — Verdier, *De la transcription hypothécaire*, t. I, § 54 ; — Mourlon, *De la transcription*, t. I, § 27.

³ Valéry, § 295, p. 271 ; — *sic* Flandin, *loc. citat.* § 83.

⁴ Nous renvoyons pour cette question au chapitre fort bien fait et très détaillé de M. Girault, *sur la transcription des contrats par correspondance*, chap. iv, §§ 126 et suiv.

écrit. Mais ne peuvent-elles pas encore chercher d'autres éléments de preuves dans des correspondances, autres que celles qu'elles ont échangées, mais ayant un rapport plus ou moins direct avec l'objet du litige ? Il faut distinguer suivant qu'il s'agit de *lettres écrites par des tiers*, ou de *lettres écrites par l'une des parties à des tiers*.

Il s'agit de lettres écrites par des tiers. La jurisprudence décide, d'une façon peut-être un peu rigoureuse, qu'en principe aucune sorte de preuve ne peut résulter de la production d'une semblable lettre, et cela même « dans le cas où elle aurait été versée au procès par la partie à laquelle on l'oppose¹. » L'argument sur lequel elle s'appuie est que l'écrit émanant d'un tiers n'a que la valeur d'un simple témoignage ; il ne pourra dès lors être invoqué, par l'une des parties contre l'autre, que dans les cas où la loi autorise la preuve testimoniale.

Il s'agit de lettres écrites par une des parties à des tiers. Ici il faut faire une distinction : Est-ce la partie même, qui a écrit à un tiers, qui demande à se servir de cette lettre pour faire preuve de la convention ? Sa prétention devra être repoussée. Par exemple, en réponse à une lettre dans laquelle vous me demandez à acheter mon cheval, je vous écris que je l'ai vendu à Pierre. Je ne pourrai sans aucun doute invoquer la lettre que je vous ai écrite, pour prouver contre Pierre la prétendue vente. C'est l'application du principe que nul ne peut se créer de titre à soi-même. — Mais cette lettre, Pierre du moins ne pourra-t-il pas l'invoquer contre moi ? Nous arrivons ainsi au deuxième terme de notre distinction : C'est l'ad-

¹ Cassation, 6 janvier 1894 (G. P. 94, 1, 90) ; — Voir Valéry, §§ 288, 289.

versaire de la partie qui a écrit à un tiers qui demande à invoquer cette lettre contre son auteur ? On devra en principe, je crois, lui permettre de s'en prévaloir et d'y trouver un commencement de preuve par écrit. La question était vivement discutée autrefois. Bartole enseignait que la lettre écrite à un tiers ne pouvait jamais être opposée à son auteur ; il s'appuyait pour cela sur ce que la lettre équivaut à un aveu extrajudiciaire ; or, comme elle a été écrite en l'absence de celui qui veut l'invoquer, l'aveu qu'elle contient n'a pas été accepté, il reste donc révocable, et dès lors ne peut obliger celui de qui il émane. Je me borne à exposer la controverse, sans la discuter, car elle n'a plus qu'un intérêt historique ¹. La doctrine et la jurisprudence admettent aujourd'hui que la lettre, écrite par l'une des parties à un tiers, peut être invoquée comme mode de preuve à l'encontre de son auteur ; et c'est de toute justice, puisque cet écrit remplit toutes les exigences de l'article 1347 du Code civil. Quant à la portée des inductions qu'elle pourra fournir, le juge en sera souverain appréciateur.

§ 7. — 2° — EN MATIÈRE COMMERCIALE. — D'une façon générale, ce que nous avons dit, sur la preuve que les lettres missives peuvent fournir en matière civile, s'applique également au commerce. Il y a cependant cette différence, qu'en matière commerciale, ce n'est plus seulement à la lueur des principes que nous rechercherons des solutions, mais en nous appuyant sur des textes précis. Nous aurons aussi à noter plusieurs particularités.

¹ Cette discussion est fort bien exposée dans M. Massé, *Droit commercial*, t. IV, §§ 2462, 2463 ; et dans M. Valéry, *loc. citat.*, §§ 283 et suiv. ; auxquels je renvoie.

Dès longtemps on a admis que les lettres faisaient preuve entre marchands. On les assimilait même à des actes authentiques : « *Quod litteræ quæ mittuntur inter mercatores habent vim publicorum instrumentorum de consuetudine locorum in quibus vigent mercimonia* ¹. » Toutefois il ne faut pas exagérer la portée de cette affirmation. Les anciens docteurs voulaient simplement dire par là qu'une fois la convention établie, elle l'est aussi fortement par la lettre que par l'acte authentique. Ils ne pensaient pas que la lettre eût entre marchands la valeur d'un acte authentique ².

Cette admission de la correspondance comme mode de preuve normal des contrats commerciaux a passé dans notre législation. L'article 109 du Code de commerce déclare que « les achats et ventes se constatent... par la correspondance. » On admet universellement que ce mode de preuve n'est pas particulier aux achats et ventes, mais qu'il s'applique à toutes les conventions commerciales ; nous l'avons déjà constaté.

Pour faciliter la preuve des contrats commerciaux, l'ordonnance de 1673 avait imposé aux marchands la tenue de deux registres, dont l'un était le livre copie-de-lettres. Le Code de commerce a repris cette disposition de notre ancien droit : son article 8 § 2, déclare « que tout commerçant est tenu de mettre en liasse les lettres missives qu'il reçoit, et de copier sur un registre celles qu'il envoie. »

Que la production des lettres des parties puisse faire preuve complète de la convention, c'est ce qu'on ne peut nier. Si le législateur ne l'a constaté qu'en droit

¹ Rote de Gênes, *Décision* 142, n° 2 ; — *sic* Zabarella, *Consil.* 153 ; — Ansaldo, *Disc.* 61, n° 2.

² Massé, *loc. citat.* § 2452.

commercial, cela tient seulement à ce que les contrats commerciaux, au début du siècle, étaient presque les seuls (avec le mandat toutefois) à se conclure par l'entremise de lettres missives.

La plupart des conventions commerciales se traitent aujourd'hui par la correspondance. Ce procédé procure aux affaires la célérité qu'elles réclament; de plus, il présente sur les conventions passées de vive voix l'énorme avantage de laisser une trace de son passage, d'entraîner sa preuve avec lui. Aussi, comme l'ont fort justement fait remarquer MM. Delamarre et Le Poitvin¹, « cette pratique (de contracter par correspondance) est tellement usitée parmi les négociants, qu'ils l'observent presque toujours, même entre présents. Alors ils ne font que se redire par écrit ce qu'ils se sont antérieurement dit de vive voix. »

D'ailleurs, la loi laisse au juge toute latitude pour admettre avec plus ou moins de force la preuve qui peut résulter des lettres des parties.

Quant à la tenue du livre copie-de-lettres, elle présente ces deux avantages, de faciliter la preuve du contrat, et de mettre les deux parties sur un même pied d'égalité, en les armant des mêmes armes; (nous supposons que l'une et l'autre sont commerçantes.)

§ 8. — *Utilité du livre copie-de-lettres et de l'enlissement des lettres reçues, au point de vue de la preuve.* — Chaque lettre constatant la volonté de son auteur, l'ensemble des lettres d'offre et d'acceptation constate l'accord des volontés; et dès lors la production de ces lettres suffit à faire preuve complète de la convention. Si donc ces deux lettres sont représentées, et que d'ailleurs

¹ Delamarre et Le Poitvin, *Droit commercial*, t. I, § 93.

chaque partie reconnaisse expressément ou implicitement son écriture et sa signature, aucune difficulté ne peut naître. Aussi je crois, avec M. Massé¹, que les lettres peuvent être produites et faire preuve, alors même que leurs auteurs respectifs auraient négligé de les transcrire sur leurs registres. « Je ne pense pas, dit le savant jurisconsulte, que les lettres ne puissent faire preuve et être invoquées par celui qui les a envoyées, qu'autant qu'elles ont été transcrites sur ses livres. L'article 8 du Code de commerce renferme une règle d'ordre, dont l'observation, qui peut sans doute faciliter la preuve des faits ou des conventions auxquels se rapporte la correspondance, ne peut jamais être une condition de cette preuve, quand l'original même de la lettre est produit, soit par celui qui l'a envoyée, soit par celui qui l'a reçue. » — J'ajoute un autre argument en faveur de cette idée; c'est le texte même de l'article 109 du Code de commerce, qui cite séparément et comme deux modes de preuve distincts : la correspondance et les livres de parties. — Toutefois la jurisprudence admet un système contraire; elle décide que les tribunaux peuvent n'accorder aucune confiance aux lettres des commerçants non transcrites sur leurs registres².

Supposons maintenant que les deux lettres d'offre et d'acceptation sont encore produites au procès; mais l'expéditeur de l'une d'elles prétend que la lettre représentée par son adversaire n'est pas telle qu'il l'avait écrite, et à l'appui de son dire il montre son copie-de-lettres qui renferme une rédaction différente. En d'autres termes, il y a défaut de concordance entre la lettre copiée

¹ Massé, *loc. cit.* § 2457.

² En ce sens : Cassation, 5 mai 1858 (D. 58, 1, 209); Cassation, 18 février 1874 (D. 76, 1, 394).

sur le registre de l'expéditeur et la lettre reçue par le destinataire. — Ici, la preuve résultant de la correspondance n'est pas complète. Pour qu'elle le fût, il faudrait, ou bien que les deux lettres produites fussent adéquates aux deux copies qui en ont été faites sur les registres des parties; ou du moins, si ces copies n'ont pas été effectuées ou si les registres ne sont pas représentés, que les parties reconnaissent la sincérité de chacune. Dans notre hypothèse, nous croyons, avec MM. Lyon-Caen et Renault ¹, qu'il faut en principe s'attacher à la lettre elle-même. C'est elle qui constitue l'original de l'écrit, le registre n'en contient qu'une copie; et c'est elle seule dont le destinataire a eu connaissance. Sauf, bien entendu, à l'auteur de la lettre, de prouver que son texte a été altéré. D'ailleurs l'emploi, courant aujourd'hui, de la presse à copier évitera le plus souvent ces difficultés, ou permettra de découvrir facilement la fraude.

Reste le cas où l'une des lettres n'est pas produite, soit parce qu'elle a été perdue, soit parce que son possesseur ne veut pas la représenter. Chaque lettre ne contenant en général qu'une partie de la convention (l'expression d'une des volontés), chaque contractant n'a entre ses mains qu'une partie de la correspondance. Donc, si l'un d'eux refuse de produire les pièces qu'il possède, la preuve de la convention n'est pas complète. Telle est, du moins, la règle en matière civile. Au commerce, c'est dans ce cas qu'apparaît vraiment l'utilité du livre copie-de-lettres.

Tous les livres que les commerçants doivent tenir, et

¹ Lyon-Caen et Renault, *Droit commercial*, t. III, § 65 *in fine*; — *sic* Darquer, p. 93; — Girault, § 144.

en particulier le livre copie-de-lettres qui nous intéresse plus directement, fournissent des éléments de preuve. Tous peuvent faire foi en justice. C'est ce qui résulte des articles 1329 et 1330 du Code civil, des articles 12 et 13 du Code de commerce. Donc, le négociant qui se soumet à toutes les prescriptions de la loi, qui tient registre régulier de toutes les lettres qu'il envoie, et enlisse avec soin toutes celles qu'il reçoit, se trouve ainsi dans cette situation privilégiée, qu'il possède toutes les pièces de la correspondance, originaux pour partie, copies pour le reste. En produisant les uns et les autres, il pourra arriver à faire preuve complète de la convention.

Toutefois, la règle que les livres des commerçants font foi en justice n'est pas absolue. D'abord parce que, si la loi pouvait en toute équité accorder cette force probante aux registres, quand le débat s'élève entre commerçants, puisque chacun d'eux, s'il a tenu régulièrement ses livres, jouit des mêmes armes que son adversaire; elle devait admettre une autre règle quand le débat met en présence un commerçant et un non-commerçant; ce dernier n'ayant pas de livres. De plus, même entre commerçants, l'article 12 du Code de commerce laisse au juge une entière indépendance pour apprécier la valeur probante des livres de commerce, même régulièrement tenus. — Examinons ces diverses hypothèses :

a. L'adversaire n'est pas commerçant. — Si un commerçant plaide contre une personne non-commerçante, ses livres de commerce, même régulièrement tenus, ne peuvent faire preuve complète en sa faveur. C'est ce que dit l'article 1329 du Code civil; c'est de toute jus-

tice, et c'est l'application de ce principe qu'on ne peut pas se créer de titre à soi-même¹.

Notre texte ajoute : « Sauf ce qui sera dit à l'égard du serment. » Cette disposition peu claire a soulevé quelques difficultés. Voici comment on l'interprète généralement : Les livres, régulièrement tenus par un commerçant et invoqués par lui contre un non-marchand, ne peuvent faire preuve complète du fait qui y est relaté. Cependant, le législateur trouve dans ces livres un certain fondement à l'appui de la demande du marchand ; aussi permet-il au juge de compléter sa conviction en déférant le serment supplétoire à l'une ou l'autre des parties². Toutefois, cet élément de preuve est insuffisant pour autoriser l'admission de la preuve testimoniale, puisque le commencement de preuve par écrit, qui seul la rend recevable, doit émaner de celui à qui on l'oppose (art. 1347), ce qui n'est pas notre cas³.

Mais, si le livre du commerçant ne peut pas faire preuve complète en sa faveur, quand son adversaire est un non-commerçant, du moins peut-il faire preuve contre lui. C'est ce que décide l'article 1330 du Code civil : « Les livres des marchands font preuve contre eux. » Cela tient à ce que l'obligation, imposée aux commerçants de tenir des livres, est générale, et « existe vis-à-vis des particuliers, tout aussi bien que vis-à-vis des autres marchands⁴. » Peu importe, d'ailleurs, que

¹ Baudry-Lacantinerie, *Précis de Droit civil*, t. II, n° 1229 ; — Boistel, *Cours de Droit commercial*, n° 113.

² Cassation, 22 juillet 1872 (D. 72, 1, 110) ; — Boistel, *loc. citat.* ; — E. Hepp, *De la correspondance privée*, § 105 *in fine*, p. 90.

³ E. Hepp, *loc. citat.* p. 91 ; — Boistel, *loc. citat.*

⁴ E. Hepp, *loc. citat.* p. 89 *in fine*.

ces livres soient régulièrement ou irrégulièrement tenus; d'abord parce que le commerçant ne peut invoquer sa propre négligence pour s'exonérer; puis parce que l'irrégularité d'un livre ne suffit pas à démontrer l'inexactitude d'une des mentions qui y sont contenues. Cela ressort des termes généraux employés dans les articles 1330 du Code civil et 13 du Code de commerce¹. La preuve qui résulte de la mention inscrite au livre s'analyse dans un aveu écrit; d'où cette double conséquence : 1° Que la mention est indivisible, et que l'adversaire du marchand ne peut en retenir ce qui lui paraît favorable à ses affirmations, et repousser ce qui y est contraire; c'est ce que décide l'article 1330 du Code civil *in fine*²; 2° que le commerçant ne peut faire aucune preuve contre ses propres livres. Enfin nous ajoutons que le juge reste maître d'apprécier, comme il l'entend, la portée des mentions inscrites au livre du commerçant³.

b. *L'adversaire est un commerçant.* — L'article 12 du Code de commerce décide que les livres, s'ils sont régulièrement tenus, peuvent faire preuve complète entre commerçants pour faits de commerce. Cette dérogation aux principes généraux, en vertu desquels nul ne peut se créer de titre à soi-même, s'explique par la célérité nécessaire en matière commerciale, et qui s'oppose le plus souvent à ce qu'un acte en forme soit rédigé; puis par ce fait que les livres, existant chez tous les commerçants, se contrôlent réciproquement.

Donc, si les registres des deux commerçants sont

¹ Boistel, *loc. citat.* § 115.

² Boistel, *loc. citat.*; — Baudry-Lacantinerie, § 1229 *in fine*.

³ Cassation, 10 décembre 1862 (D. 64, 4; 130).

réguliers et d'accord, la preuve est complète. S'ils sont réguliers et non conformes, ils s'annulent et il faut recourir à d'autres preuves.

Si un seul des commerçants a tenu des registres, et que ces registres soient réguliers, ils feront preuve en sa faveur, contre l'autre commerçant. De même si les registres d'un seul des commerçants étaient réguliers. Donc, si l'un des marchands ne peut ou ne veut produire une lettre qu'il a reçue, parce qu'il l'a perdue, qu'elle ne figure pas dans ses livres, ou que ses livres sont irréguliers, la copie de cette lettre sur le registre de son expéditeur fera la même preuve que l'original qu'eût dû conserver son destinataire. Et le commerçant ne peut s'en prendre qu'à lui-même de cette conséquence, qu'il pouvait éviter, en se soumettant à la loi. Cela résulte de l'article 12 du Code de commerce, et *a contrario* de l'article 1329 du Code civil.

Cependant cette conséquence n'est pas obligatoire. Même quand les registres sont réguliers, le juge est libre d'admettre ou de repousser la preuve qui en résulte. L'article 12 du Code de commerce le déclare formellement. Il résulte de là que le marchand, qui n'a pas tenu de livres, pourra néanmoins combattre par tous moyens la preuve qui résulte des livres de son adversaire.

L'article 13 du Code de commerce dit que les livres irrégulièrement tenus ne pourront faire foi en justice. Cela signifie seulement qu'ils ne peuvent faire preuve complète. Mais le juge pourra en tenir tel compte qu'il voudra. Il pourra même trouver une preuve entière de la convention, si, l'une des parties n'ayant pas de livres, l'autre a des livres seulement irréguliers, quand les mentions de ces livres irréguliers concorderont avec

d'autres pièces fournies au procès, puisqu'en matière commerciale les présomptions et la preuve testimoniale sont toujours admissibles ¹.

Enfin les livres d'un commerçant font preuve contre lui aussi bien quand son adversaire est un commerçant, que quand il n'exerce pas le commerce (art. 1330, Code civil).

§ 9. — Notons, en terminant, certaines particularités relatives au livre copie-de-lettres et à la correspondance commerciale.

Le livre copie-de-lettres, pour être régulier, est astreint aux mêmes formalités que les autres livres de commerce. Une seule exception, constatée dans l'article 10, alinéa 2 du Code de commerce : il n'est pas astreint au visa annuel ².

Toutes les lettres écrites par le commerçant doivent être transcrites sur son copie-de-lettres ; les télégrammes qu'il envoie sont soumis à la même formalité. Enfin cette règle s'applique aussi à la correspondance échangée entre commerçants habitant la même ville ³.

Qu'arrivera-t-il si un commerçant refuse de produire ses livres en justice ? Tout d'abord on peut le forcer à cette production, même par la menace d'une peine pécuniaire ⁴. Puis l'article 17 du Code de commerce contient la sanction de ce refus : « Si la partie aux livres de laquelle on offre d'ajouter foi refuse de les repré-

¹ Cassation, 26 juillet 1869 (D. 71, 1, 246) ; — voir sur ces points : E. Hepp, § 105, pp. 88, 89 ; — R. Rousseau, *De la correspondance par lettres missives*, §§ 201 et suiv. ; — Boistel, § 114.

² Valéry, *loc. citat.* § 323.

³ Cour de Bordeaux, 18 mai 1829 (D. Répertoire, *Lettres missives*, n° 14).

⁴ Caen, 24 juin 1828 (S. 30, 2, 457).

senter, le juge peut déférer le serment à l'autre partie¹. »

Quant à la preuve de la date, on admet en général que l'article 1328 du Code civil ne s'applique pas en matière commerciale. « Le droit commercial, dit M. Valéry², qui admet la preuve des contrats par de simples présomptions, ne pouvait pas se montrer plus rigoureux en ce qui concerne leur date. » Donc si une lettre est datée, elle fait foi de sa date, jusqu'à preuve contraire. De plus « le timbre de la poste donne à la date d'une lettre une espèce d'authenticité qui ne permet à personne de la contester³. » « *Litteræ*, disait Straccha, *si publico signo sint subsignatæ, probant.* » De là s'est introduit l'usage entre commerçants de ne pas mettre leurs lettres sous enveloppes, afin que le timbre dateur de la poste soit imprimé directement sur l'original. L'emploi des cartes postales, des cartes-lettres et des cartes télégrammes, présente le même avantage⁴.

Enfin, pour la signature de la lettre. On enseigne d'ordinaire que, pour faire foi en justice, la lettre doit être signée. Nous avons adopté une opinion différente. Mais, si la lettre est signée, de qui doit-elle l'être ? On a soutenu qu'elle devait l'être du commerçant lui-même, ou du moins d'un employé muni d'une procuration notariée. Cette idée est généralement repoussée, on admet que la lettre est obligatoire même quand elle n'est signée, au nom du commerçant, que par un commis muni d'un mandat tacite, pourvu qu'il n'ait pas

¹ E. Hepp, p. 89.

² Valéry, § 320.

³ R. Rousseau, *loc. citat.* § 203 ; — *sic* Massé, t. IV, § 2461.

⁴ Valéry, § 332.

dépassé les limites de son mandat. La jurisprudence est en ce sens¹.

Nous faisons une dernière observation. La jurisprudence, avons-nous dit plus haut (§ 6, même section), n'accorde à la lettre émanant d'un tiers pas d'autre valeur que celle d'un simple témoignage; il en résulte qu'elle ne peut être invoquée dans un procès que dans les cas où la loi autorise la preuve testimoniale. Or l'article 109 du Code de commerce permettant de recourir à la preuve testimoniale chaque fois que le tribunal croira devoir l'admettre, nous pensons que le juge reste libre, en matière commerciale, d'admettre les éléments de preuve que l'une des parties demanderait à chercher dans la correspondance émanant d'un tiers.

§ 10. — *Preuve de la réception de la lettre.* — Nous avons supposé jusqu'ici que toutes les lettres étaient produites au procès, ou du moins, si quelques-unes faisaient défaut, que leur existence même n'était pas mise en doute. — Il nous reste à examiner un cas tout différent. L'une des parties prétend avoir écrit une lettre, l'autre nie l'avoir jamais reçue. Pierre, par exemple, réclame l'exécution du contrat que lui a proposé Paul, et qu'il dit avoir accepté par lettre. Ou encore Pierre, après avoir fait une offre à Paul, la rétracte par lettre; puis Paul accepte l'offre et demande l'exécution du contrat. Dans le premier cas Paul, l'offrant, prétend n'avoir jamais reçu d'acceptation; dans le deuxième, Paul l'acceptant soutient n'avoir jamais eu

¹ Cassation, 28 août 1872 (D. 72, 4, 396); — voir sur ce point l'article très détaillé de M. Valéry, *loc. citat.* § 328.

connaissance d'une rétractation. A qui incombe la charge de la preuve ?

Remarquons que de quelque côté qu'on fasse porter le fardeau de la preuve, celle-ci sera fort difficile. En effet, l'expéditeur devra prouver qu'il a écrit la lettre, et de plus que cette lettre est parvenue à la connaissance de son destinataire. Pour le destinataire, la tâche sera plus pénible encore, car il devra démontrer qu'il n'a pas reçu la lettre, c'est-à-dire administrer la preuve d'un fait négatif. Ajoutons que le juge sera souvent perplexe, parce que souvent les deux parties seront de bonne foi, la lettre ayant été réellement écrite, puis non mise à la poste par la négligence d'un domestique, ou égarée par une erreur de la poste ou une similitude de noms.

A. — Supposons tout d'abord que l'une et l'autre parties sont non-commerçantes. — Toutes deux sont également dénuées de preuves ; en effet l'expéditeur pourrait tout au plus produire un brouillon de sa lettre, ou ses livres domestiques, ce qui ne saurait faire preuve ni de la réception de la lettre par son destinataire, ni même de son envoi. La solution de la difficulté est donc facile ; comme il n'existe aucune raison d'attacher plus de créance à l'affirmation d'une partie qu'à celle de l'autre, il faut appliquer les principes généraux consacrés par l'article 1315 du Code civil, principes en vertu desquels celui qui avance un fait doit le prouver. Donc, dans les exemples précédemment cités, Pierre, qui prétend avoir accepté l'offre à lui faite, devra prouver l'envoi et la réception de sa lettre d'acceptation : *actori incumbit onus probandi*. De même, à Paul qui demande l'exécution du contrat, Pierre objecte qu'il avait rétracté son offre en temps voulu ; Pierre devra prouver l'envoi et

l'arrivée en temps utile de sa rétractation : *reus in excipiendo fit actor*¹.

Nous ajoutons deux observations : La preuve de l'envoi et de la réception d'une lettre ne constitue que la preuve d'un simple fait, et comme telle peut s'administrer par tout moyen². Puis l'emploi des lettres recommandées est un moyen préventif qui facilite singulièrement cette preuve³. Nous reviendrons tout à l'heure sur ce point.

B. — Une seule des parties est commerçante. — Par hypothèse, c'est l'expéditeur. L'article 1329 du Code civil lui défend de se servir de ses livres pour prouver contre le non-commerçant l'envoi et la réception de la lettre. Nous nous trouvons donc dans la même situation que précédemment. — Par contre, si c'est le destinataire qui est commerçant, l'expéditeur non commerçant aura une ressource de plus pour faire sa preuve, en vertu de l'article 1330 du Code civil. En effet il peut invoquer, contre le marchand, les livres de ce dernier ; sa preuve sera donc toute faite s'il trouve dans ces livres soit la lettre qu'il a écrite, soit une mention s'y rapportant⁴.

C. — Les deux parties sont commerçantes. — La question est plus délicate. En effet l'expéditeur de la lettre produit, à l'appui de son dire, son registre qui contient la copie de la lettre qu'il prétend avoir envoyée. Faut-il appliquer ici l'article 12 du Code de commerce, et dire que la production du copie-de-lettres suffit à faire présumer que la lettre a été réellement envoyée et

¹ Darquer, *loc. citat.* p. 92 ; — A. Girault, § 143, pp. 212, 213.

² Valéry, § 363.

³ A. Girault, p. 213 *in fine*.

⁴ Valéry, § 371 *bis*.

reçue, et dès lors que c'est au destinataire à prouver qu'il n'en a jamais eu connaissance? On l'a soutenu¹, et MM. Lyon-Caen et Renault prétendent que « s'il en était autrement, les livres copie-de-lettres ne feraient jamais preuve en justice². » Le principal argument, sur lequel s'appuie ce système, consiste à dire que l'expéditeur, qui a produit sur ses registres la copie de la lettre qu'il prétend avoir envoyée, a fait tout ce que la loi exige de lui; c'est à l'autre partie à renverser la présomption qui en est résultée. La jurisprudence paraît être en ce sens³.

Il y a là, croyons-nous, une erreur. En effet, de ce que les livres de l'expéditeur font mention de la lettre envoyée, il ne résulte pas que les livres du destinataire, qui ne la relatent pas, sont irréguliers. Car la lettre a pu s'égarer en cours de route, et son destinataire, ne l'ayant pas reçue, n'a pu la mentionner. Dès lors nous nous trouvons ici dans une hypothèse semblable à celle où les livres des deux parties, également réguliers et produits, sont contradictoires. Or nous savons qu'en ce cas ils s'annulent réciproquement. Donc nous retombons dans la même situation que s'il n'existait pas de livres, et nous devons admettre la même solution que si les deux parties étaient non-commerçantes. Par conséquent, c'est à l'expéditeur à faire preuve de l'envoi et de la réception de sa lettre, preuve qu'il peut administrer par tout moyen. M. Valéry, qui enseigne ce système⁴,

¹ A. Girault, p. 214; — Darquer, p. 93; — Lyon-Caen et Renault, *Droit commercial*, t. III, § 65.

² *Loc. citat.*

³ Bordeaux, 28 mai 1856 (D. 56, 2, 219); — Cassation, 18 novembre 1885 (G. P. 85, 2, 736).

⁴ §§ 357 et suiv.; — *sic* Cousin, *Des contrats entre absents* (thèse), pp. 211 et suiv.

fait remarquer qu'il a l'avantage sur le précédent de ne pas violer ces trois règles élémentaires du Droit, à savoir : « 1° Que tout demandeur est tenu d'établir les faits qu'il avance ; 2° qu'il n'existe pas de présomption d'obligation en dehors d'un texte de loi formel ; 3° que la bonne foi se présume toujours, et que c'est à celui qui allègue la mauvaise foi de la prouver¹. » —

Nous mettons donc la preuve à la charge de l'expéditeur, qui souvent aura bien de la peine à l'administrer ; mais, nous l'avons vu, les vrais principes conduisent forcément à cette solution. D'ailleurs la « recommandation » des lettres, généralement pratiquée dans les affaires importantes, facilitera beaucoup cette preuve². La loi du 25 janvier 1873 permet au public de « recommander » les lettres, cartes postales, papiers de commerce et d'affaires, etc..... (art. 1). L'administration devient alors responsable du dépôt qui lui a été confié. Pour couvrir sa responsabilité, elle ne se dessaisit de l'objet recommandé qu'entre les mains du destinataire ou de son fondé de pouvoir, et seulement *contre reçu* (art. 3). De là cette double conséquence, que si le destinataire nie avoir reçu la lettre, le reçu que produira l'administration fera preuve contre lui. — On peut même se faire aviser par la poste de la remise d'une lettre recommandée, auquel cas l'avis de réception fera preuve sans qu'on ait besoin de recourir aux contrôles de la poste. — La loi du 6 avril 1878 (art. 9) a abaissé à 0,10 c. la taxe des avis de réception. — Puis, si réellement la lettre n'a pas été remise à son destinataire, l'expéditeur sera débouté de sa demande, mais il aura un recours contre l'administration des

¹ Valéry, § 359.

² Girault, § 143, p. 213 *in fine* ; — Darquer, pp. 92, 93.

postes. L'indemnité qu'il touchera de ce fait a été fixée à forfait à 25 fr. par la loi de 1873 précitée (art. 4). — Le droit de recommandation pour toute lettre circulant en France et en Algérie est un droit fixe de 0,25 c. en sus de la taxe ordinaire (Loi du 26 décembre 1878, art. unique).

Quand une fois la réception de la lettre par son destinataire aura été prouvée, de façon ou d'autre, il restera à l'expéditeur à en établir le contenu. Il le fera par son copie-de-lettres, si les deux parties sont commerçantes; car, en prouvant que son adversaire a réellement reçu la lettre, il prouvera par là même que ses registres, qui ne la mentionnent pas, sont irréguliers. Dès lors l'article 12 du Code de commerce trouve son application, puisqu'on ne peut plus dire que les livres des deux parties, étant tous deux réguliers, s'annulent réciproquement. — Si l'expéditeur n'est pas commerçant, il fera sa preuve par tout moyen s'il possède un commencement de preuve par écrit; et l'on peut, croyons-nous, considérer comme tel le reçu qu'a retiré la poste après remise de la lettre recommandée¹. S'il n'a pas de commencement de preuve par écrit, M. Valéry croit qu'il peut encore administrer sa preuve par tout moyen, et cela en vertu de l'article 1348 du Code civil.

« L'expéditeur de la lettre s'est trouvé, en effet, dans l'impossibilité de se procurer une preuve écrite du contrat; l'on ne saurait donc lui reprocher de n'en avoir pas fait dresser acte, et on doit l'admettre par conséquent, à suppléer à l'écrit qu'il ne peut produire, par toute sorte de preuves². » Il pourra notamment invoquer ses livres et papiers domestiques.

¹ Valéry, § 369.

² *Idem*, § 370.

§ 11. — *Production des lettres en justice.* — Nous avons vu quelle force probante pouvait résulter de la production des lettres en justice ; nous savons aussi que certains éléments de preuve peuvent émaner de correspondances autres que celles échangées entre les parties ; il nous reste à examiner les conditions de la production des lettres.

Au point de vue des formalités exigées par la loi, nous remarquons seulement que le principe, en vertu duquel toute pièce, pour être produite en justice, doit être préalablement enregistrée, s'applique aux lettres missives et télégrammes. La loi du 13 brumaire an VII le constatait déjà (art. 12, dernier §). Le droit à acquitter a été fixé par la loi du 28 avril 1816 (art. 43, n° 14) ¹.

Mais quelles lettres peut-on produire en justice ? Cette question comporte deux aspects différents :

1° Quels droits une personne doit-elle avoir sur une correspondance pour la pouvoir produire en justice ?

2° Peut-on représenter toutes espèces de lettres, même celles ayant un caractère intime ?

§ 12. — *Quels droits une personne doit-elle avoir sur une correspondance, pour la produire en justice ?* — Nous avons vu en Droit romain, et nous avons eu occasion de constater en Droit français que la lettre, une fois remise à son destinataire, devient sa propriété. Or son *jus utendi* lui permet, en principe, de la produire en justice pour se défendre.

Après sa mort, le même droit appartient à ses héritiers, qui pourront y chercher la preuve d'une convention conclue de son vivant par leur auteur ².

¹ Darquer, p. 90 ; — Valéry, § 334.

² Cassation, 3 février 1873 (D. 73, 1, 467).

Enfin le propriétaire d'une lettre a encore le droit de la produire en justice dans un débat où il n'est pas en cause, si d'ailleurs la lettre intéresse l'un des plaideurs.

Mais le propriétaire d'une correspondance est-il le seul à la pouvoir produire ? Un simple possesseur n'aura-t-il jamais ce droit ? On admet en général qu'un tiers peut représenter en justice une lettre non confidentielle, à la seule condition d'y avoir été autorisé par le destinataire. C'est ainsi que la Cour de cassation a décidé, dans une action en recherche de maternité, que des lettres non confidentielles sont valablement produites en justice, alors que la partie qui demande à les produire les possède légitimement ¹. La jurisprudence a même admis que le destinataire d'une correspondance ne pouvait plus s'opposer à sa production par un tiers, alors qu'il l'avait lui-même remise à ce tiers depuis longtemps et ne la lui avait plus réclamée ².

Par contre, si la correspondance, que le possesseur demande à représenter, n'est tombée entre ses mains que par suite de manœuvres dolosives, le tribunal devra rigoureusement s'opposer à sa production. La jurisprudence est constante sur ce point ³.

Il en serait de même, si le détenteur des lettres n'avait d'ailleurs pris aucune part aux manœuvres qui ont eu pour but de les enlever à leur destinataire. De même enfin, si la correspondance n'est tombée que par hasard entre ses mains ⁴ ; car, dans tous ces cas,

¹ Cassation, 20 juillet 1880 (D. 81, 1, 179).

² Tribunal de la Seine, 9 janvier 1882 (*Gazette des Tribunaux* du 10 janvier 1882).

³ Caen, 31 juillet 1856 (S. 57, 2, 22) ; Cassation, 21 juillet 1862 (D. 62, 1, 521) ; Bordeaux, 9 avril 1869 (D. 70, 2, 222), etc.

⁴ Cassation, 3 mai 1875 (D. 76, 1, 183)).

la possession du détenteur est également irrégulière ¹.

§ 13. — *Peut-on produire toutes sortes de lettres ?* — Le destinataire d'une correspondance, en devenant le propriétaire quand il la reçoit, le principe est qu'il peut produire toutes sortes de lettres en justice. Mais comment concilier ce principe avec celui de l'inviolabilité du secret des lettres missives ? En d'autres termes, ne faut-il pas admettre une exception au droit de production du destinataire, pour les correspondances présentant un caractère confidentiel ?

On l'a soutenu. « On n'est pas toujours autorisé à se servir des lettres missives dans les affaires. Elles ne sont surtout d'aucune considération pour établir une preuve, lorsqu'elles renferment quelque confidence, et que la personne, à qui on les a écrites, n'a pu les mettre au jour sans manquer à la bonne foi. Les juges ont coutume d'admettre, en pareil cas, que les lettres seront rendues, nonobstant le rapport qu'elles peuvent avoir avec l'affaire ². » Telle était la doctrine enseignée dans notre ancien Droit, doctrine consacrée par plusieurs arrêts que cite Guyot, et dont le plus important est un arrêt du Parlement de Paris, du 24 juillet 1717.

Ce système a trouvé des partisans dans notre siècle ³. Il nous paraît trop absolu, et il entraîne cet inconvénient grave qu'il suffirait d'introduire dans une lettre d'affaires quelque communication d'un caractère confidentiel, pour empêcher son destinataire de la produire en justice. Aussi la jurisprudence fait-elle une distinc-

¹ Voir sur ces points : A. Legris, *Du secret des lettres missives, de leur production en justice*, §§ 97 à 104 ; — R. Rousseau, *loc. citat.* § 47.

² Guyot, *Répertoire de jurisprudence*, au mot : lettre *in fine*.

³ Merlin, *Répertoire*, au mot : lettre, n° 6.

tion qui nous semble très juste : La lettre que son destinataire veut produire est-elle sans rapport direct avec la solution du litige, et sa représentation demandée dans le but unique de nuire à l'adversaire ; le tribunal devra en interdire la lecture ¹. Mais si la correspondance, qui a un caractère intime, est celle-là même dans laquelle a été contractée l'obligation qui fait l'objet du débat, ou simplement si cette correspondance y fait allusion, il faut admettre qu'elle peut très valablement être produite, malgré son caractère confidentiel ². M. A. Legris ³ nous en donne la raison : « Il n'y a pas à faire intervenir ici la règle du secret des lettres, puisque le débat s'agit seulement entre l'auteur et le destinataire ; tous deux en connaissent le contenu, et ils semblent, en plaidant, s'être mutuellement dégagés de l'obligation du secret ⁴. » D'ailleurs, aucun texte n'apporte un obstacle absolu à la production en justice des lettres confidentielles. Enfin les tribunaux, étant appréciateurs souverains de la production d'une correspondance, pourraient parfaitement décider qu'une lettre sera invoquée, par son destinataire, seulement pour partie ; et en restreindre la lecture à la partie justificative de la convention, en défendant la communication des passages confidentiels ⁵.

Nous avons supposé jusqu'ici que la lettre était produite par son destinataire contre son auteur, et nous

¹ Dijon, 11 mai 1870 (S. 72, 2, 38) ; Cassation, 3 février 1873 (S. 73, 1, 313).

² Caen, 3 juin 1862 (D. 62, 2, 129) ; Cassation, 26 juillet 1864 (S. 65, 1, 33).

³ A. Legris, *loc. citat.* § 97, p. 123.

⁴ Voir en ce sens : R. Rousseau, *loc. citat.* § 34 ; — A. Girault, *loc. citat.* § 139.

⁵ E. Hepp, *loc. citat.* § 93 *in fine*.

avons posé ce principe que le destinataire d'une correspondance, même confidentielle, émanant de son adversaire, peut y chercher tout élément de preuve tendant à établir son droit.

Mais si c'est non plus contre son auteur, mais contre un tiers, que le destinataire d'une lettre confidentielle demande à la produire, faudra-t-il admettre sa prétention ? La jurisprudence enseigne avec raison l'affirmative ; seulement le destinataire devra justifier du consentement de l'auteur de la correspondance. Ce dernier devra donc intervenir, ou du moins le destinataire devra rapporter la preuve de son autorisation ; sans quoi le tiers invoquerait légitimement l'inviolabilité du secret, et le tribunal devrait rejeter la demande de production ¹. Cette solution s'explique par la nature du droit de propriété dont jouit son destinataire sur une lettre confidentielle. Nous reviendrons plus loin sur ce point.

Reste une dernière hypothèse : Un tiers peut-il produire en justice une lettre confidentielle ?

Au début du siècle, notre jurisprudence admit une opinion extrême, résultant de l'exagération du principe de l'inviolabilité du secret des lettres. Elle enseigna que nul ne pouvait produire en justice une lettre qui ne lui avait pas été adressée, sans commettre un abus de confiance. En d'autres termes, une lettre était considérée comme confidentielle, à l'égard de tous autres que son destinataire. Cette doctrine était ainsi résumée

¹ Caen, 31 juillet 1836 (S. 57, 2, 22) ; Cassation, 5 mai 1858 (S. 58, 1, 535) ; Cassation, 26 juillet 1864 (D. 64, 1, 347) ; Cassation, 3 mai 1875 (D. 76, 1, 183) ; Cour de Paris, 16 juin 1888 (G. P. 88, 2, 195).

dans un arrêt de la Cour de cassation du 4 avril 1821¹ : « Il est de principe invariable que les lettres adressées à des tiers sont réputées confidentielles, et que l'inviolabilité des secrets qu'elles renferment s'oppose à ce que des personnes étrangères puissent s'en prévaloir. »

Les tribunaux repoussaient donc la production de toute lettre adressée à un tiers, qu'elle eût ou non par elle-même un caractère confidentiel. Ce système était contraire à celui de notre ancienne jurisprudence commerciale : « *Acceptans litteras tractantes de suis negotiis, licet directas aliis, acquirit jus,* » disait la Rote de Gênes². M. Massé³ a répondu victorieusement à la doctrine nouvelle : « Une chose n'est jamais absolument et nécessairement secrète. Il n'y a secret qu'autant qu'il y a volonté exprimée ou présumée de ne pas divulguer une chose ; et si le propriétaire d'une lettre (non confidentielle), qui a évidemment le droit de dire ce qu'elle contient et d'en faire usage pour son propre compte, autorise un tiers à en faire usage pour lui-même, je ne vois pas en quoi le tiers violerait le secret des lettres ou de la correspondance en usant de la permission, et du droit qui lui a été conféré. »

La jurisprudence s'est rendue à ces raisons, et a admis qu'un tiers pouvait produire une lettre non confidentielle en justice, à la condition d'avoir l'autorisation de son destinataire, nous l'avons constaté plus haut.

Quant à la lettre ayant par elle-même un caractère con-

¹ Cassation, 4 avril 1821 (S. 22, 1, 33) ; *sic* Besançon, 8 février 1844 (D. 45, 4, 336). Le premier arrêt rendu en ce sens l'avait été par la Cour de Rome, le 4 décembre 1810.

² Décis. 48, n^{os} 3 et 4.

³ Massé, t. IV, § 2464.

fidenciel, le tiers pourra encore la produire, mais il lui faudra pour cela le consentement et de son auteur et de son destinataire ¹. Il résulte de là que, si le tiers ne s'est pas muni de cette double autorisation, l'auteur et le destinataire de la lettre pourront intervenir au procès, et il leur suffira d'invoquer le caractère confidentiel de la correspondance, pour en empêcher la production ². Bien plus, si l'auteur et le destinataire ne s'opposent pas à la représentation qu'ils n'ont pas autorisée, le tribunal pourra d'office repousser le moyen de preuve que le tiers voudrait en tirer ³. Telle est la règle généralement admise aujourd'hui ⁴.

§ 14. — Il nous reste à dire : 1° quand une lettre est confidentielle ; 2° quel droit a son destinataire sur une lettre confidentielle.

A quoi reconnaître une lettre confidentielle ? — Il n'existe sur ce point aucun criterium certain. « Une confidence est essentiellement relative, dit M. Legris ⁵ ; ce que je regarde comme mystérieux peut être une vérité courante ; un fait qui doit être tenu secret aujourd'hui, sera demain connu de tous. » En réalité, c'est l'intention de son auteur qui fait qu'une lettre présente ou non un caractère intime ; elle n'est confidentielle que parce qu'elle contient des pensées confiées par son signataire à la discrétion de son destinataire. Il y a donc là une question de fait qui est abandonnée à l'appréciation des

¹ Cassation, 3 mai 1858 (S. 53, 1, 535) ; Cassation, 26 juillet 1864 (D. 64, 1, 347) ; Cassation, 3 mai 1875 (D. 76, 1, 183) ; Le Havre, 17 novembre 1892 (D. 94, 2, 49).

² Dijon, 3 avril 1868 (S. 69, 2, 46).

³ A. Legris, *loc. citat.* § 100 *in fine*, p. 126.

⁴ Voir sur ces points : R. Rousseau, *loc. citat.* §§ 38 à 47 ; — Massé, §§ 2464 et suiv. ; — A. Legris, §§ 100, 101.

⁵ *Loc. citat.* § 44.

tribunaux. Un arrêt de la Cour de Rennes, du 24 février 1894¹, décide que, pour déterminer le caractère confidentiel d'une correspondance, il faut consulter ses termes, l'intention de son auteur, le but que celui-ci s'est proposé, et aussi la qualité du destinataire.

Droit du destinataire sur une lettre confidentielle. — La nature de ce droit fut nettement établie dans un arrêt rendu par M. le Premier Président Troplong, à propos d'un procès célèbre, relatif à la correspondance Benjamin Constant avec M^{me} Récamier². La jurisprudence a reconnu au destinataire de la lettre confidentielle un droit de propriété véritable, mais restreint, dans un intérêt social, à des limites assez étroites. Le destinataire n'acquiert ni le droit de publier la correspondance confidentielle, ni le droit de la produire en justice³. C'est l'application de cette idée de M. Royer-Collard, que j'ai citée précédemment : « Qu'on pense par lettre ou autrement, on conserve son droit à sa pensée. » Il résulte de là que le destinataire d'une correspondance confidentielle ne pourra en divulguer le secret, de façon ou d'autre, qu'avec le consentement formel de son auteur. Il n'y a d'exception, nous l'avons vu, que quand la lettre était destinée à constater une convention, ou du moins quand, à l'occasion de cette convention, elle peut former un titre en faveur de son destinataire. Dans ces deux cas, elle perd son caractère confidentiel par

¹ D. 94, 2, 295.

² Cour de Paris, 10 décembre 1850 (S. 50, 2, 626).

³ Voir une étude fort bien faite sur la nature des lettres confidentielles, dans l'ouvrage déjà cité de M. R. Rousseau, §§ 17 et suiv. — Ajoutez à l'arrêt précité un autre arrêt de la Cour d'Angers, du 4 février 1869, qui expose nettement l'intérêt qu'il y a, au point de vue de la famille et de la société, à ne pas divulguer le secret d'une correspondance confidentielle.

interprétation de la volonté de son auteur. Or le destinataire ne peut transmettre à un tiers plus de droits qu'il n'en a ; dès lors, un tiers ne peut user d'une correspondance confidentielle, qu'après en avoir obtenu la double autorisation de son auteur, qui conserve son droit à sa pensée et au secret de sa pensée, et de son destinataire, qui a sur elle un droit de propriété véritable, quoique restreint. Ces observations justifient les solutions que nous avons précédemment adoptées.

Enfin ces restrictions, apportées au droit de propriété du destinataire, quand la lettre a un caractère confidentiel, s'expliquent par une sorte de pacte tacitement intervenu entre les parties, pacte en vertu duquel l'auteur de la lettre en défendait à son destinataire toute communication ¹. « Les confidences que les lettres renferment, dit un arrêt de la Cour de Rouen, du 23 mars 1864 ², ne peuvent être révélées que par le consentement de l'auteur et du destinataire, le lien résultant de la confiance intime et mutuelle ne pouvant être rompu que par la volonté de ceux qui l'ont formé. »

§ 15. — Ce que nous avons dit, de la preuve et de la production en justice des lettres missives, s'applique en principe aux télégrammes. Toutefois, une différence sépare ces deux modes de correspondance : la lettre que je reçois est un original ; le télégramme n'est qu'une copie, l'original restant entre les mains de l'administration. Cette différence fait varier sur quelques points les solutions que nous venons d'admettre. Nous remettons l'examen de ces spécialités au chapitre consacré au télégraphe, où elles trouveront plus naturellement leur place.

¹ A. Legris, § 45, p. 66.

² S. 64, 2, 143.

CHAPITRE III

Formes de la correspondance actuelle

§ 1. — Il existe à l'heure présente, pour deux personnes éloignées, une foule de moyens de se transmettre leurs pensées. Suivant les cas, le degré de célérité nécessaire, certaines circonstances extérieures, le plus ou moins d'éloignement de leurs habitats, elles recourront à tel ou tel procédé. L'enfant qu'on envoie « faire une course », l'employé ou le domestique qui va porter les ordres de son maître, la lettre qu'on jette à la poste, le télégramme que transmet le fil soit terrestre soit sous-marin, la correspondance téléphonique, les courriers maritimes, la dépêche qu'emporte le pigeon-voyageur ou le ballon, les communications sémaphoriques, autant de moyens divers pour parler et au besoin pour contracter à distance.

§ 2. — Les divers procédés de communication, nous l'avons déjà constaté en Droit romain, se rangent tous dans l'une ou l'autre de ces deux catégories :

- 1° Transmission par un intermédiaire animé ;
- 2° Transmission par un intermédiaire inanimé.

L'intermédiaire animé, c'est le *nuntius*. — Employé ou domestique, ami ou mandataire du maître, le *nuntius* n'est jamais en cette qualité qu'un agent passif, dé-

pourvu de toute initiative ; une lettre vivante, dont le rôle se borne à répéter le plus exactement possible les paroles qu'on lui a dites. Ce moyen de communication présente le double inconvénient, de rendre faciles les erreurs et les malentendus, et de ne pas laisser de preuve entre les mains des parties ; du moins pas de preuve matérielle, car évidemment, le témoignage du messenger serait admissible chaque fois que la loi autorise la preuve par témoins¹. L'examen du contrat *per nuntium* ne rentre pas dans notre étude.

L'intermédiaire inanimé, c'est la correspondance. — Ce mot de *correspondance* éveille à l'esprit les deux idées corrélatives d'écriture et de lecture ; la correspondance, c'est la pensée écrite par son auteur, ou un tiers pour lui, et que son destinataire a besoin de lire pour en prendre connaissance. Peu importe, d'ailleurs, l'agent de transmission et la forme de l'écrit. Ce moyen de communication présente donc, sur le précédent, le double avantage, d'une plus grande précision, et de laisser une trace de son passage. Aussi ne fait-on guère usage du *nuntius*, à l'heure actuelle, que pour des questions de minime importance.

La correspondance peut se diviser en :

1^o Correspondance par lettres missives ; que le transport des lettres soit d'ailleurs confié ou non à l'administration des postes² ;

¹ A. Girault, § 170, p. 262.

² Sauf les restrictions que le monopole de l'Etat apporte à la liberté de faire transporter à son gré sa correspondance. Nous reviendrons plus tard sur ce monopole, qui se justifie pleinement par les garanties que l'Etat, mieux que tout autre, peut fournir pour la régularité et la sécurité de la transmission, et pour le secret des lettres.

2° Correspondance télégraphique ; pour laquelle aussi, on peut ou non recourir à l'administration des télégraphes¹ ;

3° Reste un dernier procédé de transmission : la correspondance téléphonique.

Nous devons nous justifier de faire rentrer la communication téléphonique parmi les formes de la correspondance, alors qu'on n'y rencontre pas ce double élément, d'écriture et de lecture, qu'éveille à l'esprit l'idée même de correspondance. — Né d'hier, à la suite d'une des plus belles découvertes scientifiques du siècle, le contrat téléphonique ne rentre exactement dans aucune des catégories de conventions prévues et réglées par notre législation. On discute même pour savoir s'il doit être rangé parmi les contrats entre présents, ou les contrats entre absents. Et la question est assez délicate, puisque les contractants, tout en étant éloignés l'un de l'autre, se parlent et s'entendent comme s'ils étaient en présence. En fait, c'est un contrat d'une nature spéciale, et qui tient le milieu entre les conventions passées *inter absentes*, et celles conclues *inter præsentes*. Nous reviendrons plus tard sur ce point. — Mais ce n'est pas tout : En admettant que son caractère mixte permette d'en traiter à propos des contrats entre absents, faut-il le ranger parmi les contrats par correspondance ? ou bien n'est-ce qu'un contrat *per nuntium* ? Il présente avec le contrat par messenger cette analogie que, dans l'un et l'autre, le message est oral et ne laisse pas de trace de son pas-

¹ Sauf encore le monopole de l'Etat, qui existe en matière télégraphique comme en matière postale. Toutefois, un télégraphe privé peut être établi pour relier entre elles deux parties d'un grand établissement industriel, ou deux centres d'exploitation d'un même établissement.

sage. Mais il s'en sépare nettement quand on songe que le message téléphonique suppose l'action directe de l'expéditeur, sans l'intervention d'un intermédiaire animé, puisque c'est la parole même de l'expéditeur, et non celle d'un tiers, qui parvient à l'oreille du destinataire. En somme, le téléphone est un moyen pour des absents, de communiquer et au besoin de contracter entre eux, et à ce titre nous l'avons rangé parmi les formes de la correspondance, quoiqu'on n'y rencontre aucun écrit.

§ 3. — Nous allons terminer cette étude des contrats par correspondance par quelques mots sur la lettre missive, le télégramme, et la correspondance téléphonique. Bien des choses resteraient à dire sur ces points, mais, outre que l'examen détaillé des formes de la correspondance ne rentre qu'à titre de complément d'étude dans un travail sur les contrats par correspondance en général, la plupart des questions qui nous resteraient à voir ont fait l'objet de traités spéciaux, dont la seule analyse exigerait d'assez longs développements.

SECTION PREMIÈRE

Lettre missive

§ 1. — La lettre, dit M. A. Legris, est « un écrit que l'on confie à un particulier ou à l'administration des postes, pour le faire parvenir à une personne déterminée. C'est une conversation par écrit. »

Cette définition nous amène à dire quelques mots du monopole de la poste. Nous traiterons brièvement ensuite de la propriété des lettres missives; de la nature

du contrat passé entre la poste et les particuliers qui ont recours à son service; et de la responsabilité de l'administration des postes. Ces divers points, nous les avons déjà examinés chaque fois que l'occasion s'en est présentée. Nous résumerons seulement ici ce que nous avons dit précédemment, et nous le compléterons en mentionnant les solutions généralement admises sur les questions controversées.

§ 2. — *Monopole de l'administration des postes.* — Le premier acte qui constate, pour l'administration des postes, le privilège exclusif du transport des correspondances, est un arrêt du Conseil daté du 18 juin 1681, interprété par un second arrêt du 29 novembre de la même année. Une amende de 300 fr. atteignait tous les contrevenants. Ces dispositions ont été répétées dans des ordonnances royales, plusieurs décrets de 1790 et 1793, enfin dans deux arrêtés du Directoire des 2 nivôse et 7 fructidor an VI, et un arrêté des consuls du 27 prairial an IX. Elles sont encore en vigueur à l'heure actuelle ¹.

Voici les termes de la prohibition, telle que l'a établie l'arrêté de prairial an IX (art. 1) : « Il est défendu à tous les entrepreneurs de voitures libres, et à toute autre personne étrangère au service des postes, de s'immiscer dans le transport des lettres, journaux, etc... »

La question que soulève ce texte est celle-ci : Est-il absolument impossible de faire transporter une lettre, autrement que par l'administration des postes, sans se mettre en contravention?

¹ R. Rousseau, *Correspondance par lettres missives et télégrammes*, §§ 300 et suiv. ; — A. Legris, *Du secret des lettres missives*, § 4 et note 1 ; — E. Hepp, *De la correspondance privée*, §§ 15, 16.

En principe, oui. Mais la jurisprudence a atténué, dans une certaine mesure, cette règle rigoureuse. La doctrine va plus loin encore, et ses solutions nous semblent plus conformes à l'équité.

Voici le résumé de la jurisprudence sur ce point : Tout d'abord, on ne saurait être en contravention quand on porte ou fait porter une lettre de son domicile au bureau de poste. D'ailleurs, l'article 3 de la loi du 3 juin 1829 le déclare formellement. De même, le cas de force majeure empêcherait qu'il y eût contravention ; si une personne, par exemple, faisait porter une lettre urgente que la poste n'aurait pu faire parvenir en temps opportun ¹. Enfin, l'administration elle-même permet à un particulier de faire transporter ses lettres par ses domestiques ou par un exprès ².

Mais la jurisprudence n'admet pas qu'on puisse confier le transport d'une lettre aux bons soins d'un ami ³. La doctrine rejette en général cette idée en s'appuyant sur ce double motif, « qu'il semble en vérité bien sévère de punir d'une amende qui peut s'élever à 300 fr. des actes si fréquents d'obligeance ; » puis que cette règle manquerait de sanction, puisque les dispositions anciennes de la loi, qui autorisaient des perquisitions dans ce but sur de simples particuliers, ont été abrogées ⁴.

Remarquons cependant que le monopole de l'État a été restreint, en ce qui concerne les « imprimés, échan-

¹ Dalloz, *Répertoire*, voir Postes, n° 71. Ainsi jugé par la Cour de Caen, le 21 juin 1826.

² Instruction générale de 1856, art. 1217 ; — R. Rousseau, § 324.

³ Cassation, 7 août 1818 ; 17 avril 1828 ; 1^{er} octobre 1841 ; — Dalloz, *Répertoire*, voir Postes, nos 67, 70.

⁴ R. Rousseau, § 314 *in fine* ; — E. Hepp, § 20.

tillons, papiers d'affaires ou de commerce, circulant en France, » par la loi du 25 juin 1836. La restriction a été étendue, par la loi du 6 avril 1878 (art. 8), aux « journaux, recueils, annales, mémoires et bulletins périodiques. » A leur égard donc, le transport par les entrepreneurs de voitures libres, et plus généralement par l'industrie privée, est désormais autorisé, en concurrence avec le transport par l'administration des postes. Il n'y a qu'une condition apportée au transport privé, c'est que les imprimés, journaux, etc., soient expédiés « sous bandes mobiles, enveloppes non fermées, ou en paquets non cachetés et faciles à vérifier. » Le but de cette restriction, qui n'est qu'une exception limitativement établie par la loi, a été de décharger l'administration, envahie par le nombre croissant des imprimés de toutes sortes.

Le principe du monopole de l'État existe aussi à l'égard de la correspondance télégraphique. Il a été posé dans l'article 1^{er} du décret du 27 décembre 1851¹.

§ 3. — *Propriété des lettres missives.* — Tant que la lettre est encore dans les mains de son auteur, ou du moins dans celles de l'homme de son auteur, par exemple du domestique ou du mandataire chargé de la jeter à la poste ou même de la porter à destination, elle reste sans aucun doute la propriété de son auteur.

Une fois que son signataire s'en est dessaisi en la mettant dans une boîte postale, et pendant tout le cours du voyage, à qui appartient-elle ? Nous croyons qu'elle continue à appartenir à son signataire, tant qu'elle n'a pas été remise à son destinataire. C'était, nous l'avons vu, le système du Droit romain. C'est l'opinion qui nous

¹ Voir sur ce point : H. Hepp, §§ 28 et suiv.

semble la plus conforme aux principes généraux qui président à la translation de propriété dans notre Droit. Cela concorde avec l'admission du retrait d'une lettre jetée dans la boîte, retrait que l'administration des postes autorise sous certaines conditions que nous avons précédemment indiquées¹. Enfin la jurisprudence nous paraît en ce sens : « Attendu, dit un arrêt de la Cour d'Amiens du 21 février 1839², que dès qu'une lettre a été remise à la personne à laquelle elle est adressée, elle cesse d'être la propriété de celle qui l'a écrite, » d'où il résulte, par *a contrario*, qu'elle était jusque-là la propriété de son auteur³.

Reste le cas où la lettre est entre les mains de son destinataire. La question a été fort controversée. Suivant quelques auteurs, la propriété de cette lettre devrait encore appartenir à son expéditeur. Ce dernier conserverait donc son droit de créateur ou d'auteur sur sa lettre, et celle-ci ne serait entre les mains de son destinataire qu'un dépôt confié à son amitié. Un système mixte déclare l'auteur et le destinataire copropriétaires de la correspondance.

Pour nous, la lettre appartient en principe au destinataire. Il a sur elle un véritable droit de propriété, qui cependant peut être restreint dans de certaines limites, par exemple quand la correspondance présente un caractère confidentiel. C'était l'opinion du Droit romain, de notre ancien Droit; c'est aujourd'hui la doctrine généralement enseignée par les auteurs⁴, et consacrée

¹ Instruction générale des Postes de 1868, art. 387 et suiv.

² Dalloz, *Répertoire*, voir Lettres, n° 7.

³ Voir en ce sens : A. Legris, *loc. citat.* § 33.

⁴ A. Legris, § 32 ; — R. Rousseau, § 5 ; — Valéry, § 337 ; — A. Girault, § 136 ; — A. Tissier, *Propriété et inviolabilité du secret des lettres* (thèse), pp. 28 et suiv.

par la jurisprudence¹. Enfin cela semble bien résulter des prescriptions de l'article 8, alinéa 2, du Code de commerce².

Quant aux restrictions que le caractère confidentiel d'une lettre apporte au droit de propriété de son destinataire, nous les avons étudiées en traitant de la production des lettres en justice. Il existe des restrictions de même sorte touchant le droit de publication d'une correspondance confidentielle, mais ceci sort de notre étude³. Nous nous contentons de dire que ces restrictions résultent du principe du secret des lettres, principe proclamé par la Constituante (Décret 10-24 août 1790), et sanctionné, au moins quand il y a eu violation du secret par un fonctionnaire ou un agent du gouvernement ou des postes, par l'article 187 du Code pénal.

Ce que nous venons de dire, sur la propriété des lettres missives, s'applique également aux télégrammes. Nous signalons en passant que le droit au retrait, accordé à l'expéditeur d'une lettre par l'instruction générale des postes de 1868, a été étendu aux télégrammes par le décret du 16 avril 1881 (art. 14), et récemment par le décret du 12 janvier 1894 (art. 28 et suiv.). « Tout expéditeur peut, dit l'article 28 du décret de 1894, en justifiant de sa qualité, annuler le télégramme déposé

¹ Cassation, 12 juin 1823 (S. 23, 1, 294); Arrêt d'Amiens précité (22 février 1839); Cassation, 3 février 1873 (S. 73, 1, 313); Cassation, 9 février 1881 (D. 82, 1, 73); Paris, 7 novembre 1888 (G. P. 89, 1, 30). — Contra : Cour de Limoges, 17 juin 1824.

² A. Legris, § 32 *in fine*, p. 55.

³ Nous renvoyons pour tout ce qui touche au secret des lettres, à la première partie de l'excellent ouvrage de M. A. Legris. — Voir également la thèse de M. Tissier, *Sur la propriété et l'inviolabilité du secret des lettres*.

par lui, faire annuler ou arrêter la transmission du télégramme qu'il a déposé. »

§ 4. — *Nature du contrat passé entre les particuliers et l'administration des postes.* — Bien que cette section soit plus spécialement réservée à la correspondance par lettres missives, nous étudierons en même temps la nature du contrat, passé par l'administration des télégraphes avec les particuliers. L'analogie et de la question et de la réponse, nous y oblige, afin d'éviter, dans la suite, des répétitions.

Bien des opinions se sont fait jour sur cette question.

L'administration des postes, d'après les uns, serait le mandataire de l'expéditeur. D'après d'autres, mandataire à la fois de l'expéditeur et du destinataire. Quelques-uns assimilent l'administration des postes à un courtier. Plus généralement on admet qu'il y a là un contrat de louage, mais, ce point établi, les dissensions recommencent. C'est une variété du louage d'ouvrage, disent les uns. D'autres précisent davantage : pour eux, c'est un contrat de transport.

Cette diversité d'opinions provient, en réalité, de ce que le contrat qui se conclut entre l'administration et les particuliers diffère, par quelque point, de tous les contrats *nommés*. Aussi les assimilations que l'on a tentées pèchent-elles toujours par quelque côté.

L'Administration n'est pas un mandataire ; d'abord parce que, par nature, le mandat est gratuit. Or, comme l'a fait remarquer M. Sérafini, à propos de l'administration télégraphique : « On ne peut dire qu'elle exerce une profession libérale, à moins qu'on ne veuille considérer comme libéral l'acte de se faire payer par anticipation ses services, sans pour cela répondre de la fidèle

et exacte transmission de la dépêche. » Puis, parce que le mandat a pour but l'accomplissement d'un acte juridique, ce qui n'est pas notre cas. Enfin, parce que le mandataire représente le mandant et agit en son nom, ce que, sans aucun doute, l'employé de la poste ou du télégraphe ne saurait faire¹.

Elle ne joue pas non plus le rôle de courtier, car elle ne s'entremet pas entre deux personnes pour arriver à la conclusion d'une négociation entre elles².

Nous pensons, suivant l'opinion généralement admise, que le contrat postal est une variété du louage d'ouvrage. Il répond bien, en effet, à la définition qu'en donne l'article 1710 du Code civil : « Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles. »

Faut-il aller plus loin, et faire rentrer le contrat postal dans une des trois espèces de louage d'ouvrage que reconnaît l'article 1779 du Code civil ? On l'a fait, et l'on a dit que l'administration des postes et télégraphes jouait le rôle d'un voiturier³. En réalité, si l'on veut assimiler le contrat postal à un contrat nommé, c'est assurément du contrat de transport qu'il se rapproche le plus. Toutefois, si l'assimilation a beaucoup de vraisemblance, quand on ne songe qu'au transport par l'administration des lettres ordinaires et des colis postaux, l'assimilation est beaucoup moins exacte quand l'administration se charge de lettres recommandées ; enfin, elle cesse

¹ Sic Serafini, *Le Télégraphe*, §§ 35 et 37 ; — E. Hepp, § 65 ; — Darquer, p. 112 ; — Girault, § 157 ; — Valéry, § 72.

² E. Hepp, § 66 ; — Girault, § 157.

³ Serafini, § 37 *in fine* ; — E. Hepp, § 61 (pour la poste), § 67 *in fine* (pour le télégraphe).

presque entièrement quand on considère la transmission télégraphique. Relativement à la lettre recommandée, « l'élément de transport, nous dit M. Valéry¹, passe déjà au second plan..... ; ce qui domine dans ce cas, ce n'est pas le transport de l'écrit, c'est le procédé de preuve destiné à établir que la pensée de l'expéditeur a été communiquée au destinataire. » Quant au télégraphe, selon la remarque de M. Darquer², à proprement parler, il ne transporte rien ; ou plus exactement, suivant l'expression de M. Valéry³, « il transmet la pensée. » — Les conséquences du système qui considère la poste et le télégraphe comme des entrepreneurs de transport, des voituriers, sont qu'il faudrait rechercher les droits et les devoirs de l'administration dans les articles 1782 à 1787 du Code Civil, 96 à 99 du Code de commerce. De plus, si la même dépêche passait successivement entre les mains de deux administrations différentes, (par exemple, une dépêche envoyée de Paris à Genève, ou à Madrid), l'une répondrait de l'autre, comme le commissionnaire répond du voiturier qu'il emploie⁴.

Mais rien n'empêche de voir dans le contrat postal une variété particulière du louage d'ouvrage, et non spécialement prévue au Code ; l'article 1779 du Code civil n'étant nullement limitatif, puisqu'il cite seulement « trois espèces principales⁵. »

D'ailleurs, si l'on ne voit là qu'un louage d'ouvrage contracté pour une opération déterminée, l'administra-

¹ Valéry, § 72, p. 74.

² P. 113.

³ P. 74 *in fine*.

⁴ Darquer, p. 113 ; — Girault, p. 239 *in fine*.

⁵ En ce sens : Darquer, p. 113 ; — Girault, § 158, p. 239 *in fine* ; — Valéry, § 72 *in fine*.

tion reste encore responsable, en principe, de l'inexécution ou de la mauvaise exécution du travail entrepris; c'est-à-dire de la perte des lettres et télégrammes, du retard apporté dans leur transmission, et de l'altération du texte des dépêches; sauf pour elle à invoquer un cas fortuit ou de force majeure¹.

§ 5. — *L'Administration des postes et télégraphes est-elle responsable envers les particuliers?* — Ici encore, nous sommes obligés de rapprocher la correspondance télégraphique de la correspondance postale, la question se posant pour l'une comme pour l'autre, et les règles admises étant sensiblement les mêmes.

A la question que nous avons faite, les principes apportent une réponse affirmative. Que l'on voie d'ailleurs dans le contrat postal une forme spéciale du louage d'ouvrage ou un contrat de transport, la solution est la même. Toutes les fois que les particuliers sont lésés, sans qu'on puisse leur reprocher aucune faute, l'État devrait être tenu de les indemniser du préjudice causé.

Ce préjudice, quand il s'agit d'une lettre, peut résulter de la perte ou du retard de la correspondance. S'il s'agit d'une dépêche, il peut provenir encore de l'altération du texte remis. Dans tous ces cas, l'administration devrait être responsable, à moins que l'expéditeur ne soit la cause première du préjudice, parce que, par exemple, il a mal inscrit l'adresse du destinataire ou qu'il s'est trompé lui-même en rédigeant sa dépêche, ou à moins que l'administration ne puisse invoquer un cas fortuit ou de force majeure.

Mais cette responsabilité de l'État, que réclament les principes, a été considérablement restreinte par diverses

¹ Darquer, *loc. citat.*; — Girault, *loc. citat.*

dispositions législatives, et à son égard la règle de l'irresponsabilité est à peu près absolue aujourd'hui.

La perte des lettres *simples* ne fait encourir aucune responsabilité à l'administration. Le principe fut posé dans la loi du 5 nivôse an V (art. 14) : « Les lettres affranchies et non chargées ne sont susceptibles d'aucune indemnité en cas de perte. » La loi du 29 novembre 1850 (art. 6), répète le principe à l'égard de l'administration des télégraphes, et le généralise. Donc l'État n'encourt aucune responsabilité pour toute perte de lettre ou de télégramme, pour tout retard apporté à la transmission des correspondances, pour toute altération dans le contenu des dépêches.

Le texte même de l'article 6 de la loi de 1850 est imprimé sur la feuille qui doit renfermer l'original de la dépêche, et en tête de la copie remise au destinataire.

Dans la plupart des pays où l'État conserve le monopole de l'exploitation des postes et télégraphes, il existe des dispositions du même genre. La convention de Saint-Petersbourg, du 10 juillet 1875 (art. 3), proclame aussi le principe de l'irresponsabilité : « Les Hautes Parties contractantes déclarent n'accepter, à raison du service de la télégraphie internationale, aucune responsabilité. »

Donc le principe de l'irresponsabilité de l'État, quelque contestable qu'il soit, et quoique très vivement contesté, est consacré par notre législation. Nous ajoutons que la jurisprudence du Conseil d'État pousse très loin l'application de ce principe, puisqu'elle permet à l'administration de s'en couvrir, non seulement contre les simples négligences de ses employés, mais aussi contre les soustractions, lacérations volontaires et vols commis par eux ; repoussant complètement dans l'espèce

l'application de l'article 1384 du Code civil (Conseil d'État, 14 septembre 1852-29 mars 1853). Toutefois, deux restrictions ont été apportées à l'irresponsabilité de l'État, l'une en matière télégraphique, l'autre en matière postale.

La première restriction au principe avait été établie par le décret du 17 juin 1852 (art. 25). Ce texte permettait à l'expéditeur d'une dépêche de se faire rembourser les sommes perçues pour la transmission, mais cela seulement : 1° en cas de transmission tardive; 2° « quand le texte de la dépêche a été altéré par des fautes qui la rendent impropre à remplir l'objet pour lequel elle a été expédiée. » Cette atténuation de la règle, quoique très étroite, fut encore restreinte par l'article 3 du décret du 16 avril 1878, qui n'autorisa plus le remboursement que pour les télégrammes collationnés ou recommandés. Le décret du 16 avril 1881, tout en abrogeant le décret de 78, semblait dans son article 30, maintenir implicitement la restriction précédente. Enfin le dernier texte législatif en la matière est un décret du 12 janvier 1894, réglementant le fonctionnement du service télégraphique, et qui abroge toutes les dispositions antérieures. Voici quelles limites son article 101 fixe à la responsabilité de l'administration : « Est remboursée à l'expéditeur sur sa demande : 1° la taxe intégrale de tout télégramme qui n'est pas parvenu à destination par le fait du service télégraphique ; 2° la taxe des avis de service rectificatifs d'erreurs imputables au télégraphe ¹ ; 3° la taxe de tout télégramme collationné, qui par suite d'erreur de transmission, n'a pu manifestement remplir son objet. » Quant au délai dans lequel la réclamation en

¹ Voir article 32 du même décret.

remboursement de taxe pourra se produire, il est limité, par l'article 99, aux deux mois qui suivent le jour de la perception, et ce sous peine de déchéance. On le voit, la responsabilité de l'administration se borne à la restitution, dans des cas peu nombreux et limitativement énumérés, de la somme minime que l'expéditeur a déboursée pour la transmission de la dépêche.

La deuxième restriction au principe de l'irresponsabilité de l'État résulte de la loi du 4 juin 1859. La responsabilité créée par cette loi variait suivant qu'il s'agissait de lettres chargées, déclarées ou non. Pour les lettres chargées dont les valeurs y contenues avaient été déclarées, la responsabilité de l'État était limitée à la valeur déclarée par l'expéditeur, et jusqu'à concurrence de 2,000 fr., maximum de l'insertion permise des valeurs (art. 3). Pour les lettres chargées, non déclarées, la responsabilité de l'administration était fixée à forfait à une indemnité maximum de 50 fr. (art. 7). La loi du 25 janvier 1873 a modifié ces dispositions. Elle distingue les lettres *chargées*, qui contiennent des valeurs déclarées, des lettres *seulement recommandées*. Pour les premières, l'administration demeure responsable dans la limite de la déclaration faite par l'expéditeur. Pour les deuxièmes, le maximum de l'indemnité due est abaissé à 25 fr. (art. 4). Enfin cette responsabilité ne s'ouvre qu'au cas de perte de la lettre ; non pour un simple retard. L'article 4 ajoute qu'aucune indemnité ne sera due « pour détérioration ou pour spoliation des objets recommandés ¹. »

L'action en responsabilité, dans les cas où elle est

¹ Voir sur ces points : Darquer, pp. 112 et suiv. ; — E. Hepp, § 69, p. 49 ; — Girault, §§ 159 et suiv. ; — Valéry, §§ 380 et 469.

admise, devrait rentrer, en vertu du texte formel de la loi du 26 août 1790 (t. VIII, art. 3), dans la compétence des tribunaux civils. La jurisprudence n'en a pas tenu compte, et admet dans tous les cas la compétence administrative, c'est-à-dire ici la compétence ministérielle. C'est l'application de la règle générale que le ministre est seul compétent pour liquider et apprécier les dettes de l'État. Toutefois la loi du 4 juin 1859 (art. 3 *in fine*) apporte une exception à cette règle ; elle confie aux tribunaux civils l'action en responsabilité, quand la poste s'est chargée de transmettre une valeur déclarée.

§ 6. — Mais si l'administration des postes et télégraphes est irresponsable, ses employés du moins ne sont-ils pas responsables ? En d'autres termes, le principe de l'irresponsabilité établi en faveur de l'administration couvre-t-il aussi les agents qu'elle emploie ? Non, sans aucun doute ; les textes qui consacrent l'irresponsabilité de l'État dérogent au droit commun, il ne faut donc pas les étendre au delà de leurs termes. Or ils ne parlent que de l'État ; et dès lors laissent intacte la responsabilité de ses employés.

Il résulte de là que la victime du préjudice pourra recourir contre les employés des postes et télégraphes. Il n'y a pas, il est vrai, de faute contractuelle de la part des employés, puisqu'aucun contrat n'est intervenu entre eux et l'expéditeur. Mais ils n'en sont pas moins tenus de réparer le préjudice par eux causé ; c'est l'application de l'article 1382 du Code civil. La responsabilité des employés est donc purement délictuelle. Ils pourraient seulement, pour se disculper, invoquer la faute de l'expéditeur ou l'imperfection des appareils. La jurisprudence est en ce sens ¹.

¹ Cassation, 3 janvier 1876 (D. 76, 1, 221).

Quant au tribunal compétent pour connaître de la difficulté, c'est le tribunal civil ; l'administration n'étant plus en jeu, la compétence de droit commun reprend son empire.

Ce recours, d'ailleurs, sera le plus souvent illusoire. Outre la difficulté de découvrir l'employé fautif, la partie qui réclame des dommages-intérêts se heurtera le plus souvent à l'insuffisance du patrimoine de cet employé ¹.

§ 7. — La loi ayant consacré le principe de l'irresponsabilité de l'administration, et d'autre part la responsabilité des employés étant le plus souvent illusoire, une question se pose : Qui devra supporter, de l'expéditeur ou du destinataire, le préjudice subi ? Cette difficulté a soulevé une grosse controverse, et engendré un grand nombre d'opinions, qui se réduisent aux trois systèmes suivants :

1° C'est l'expéditeur qui supportera le préjudice ;

2° C'est le destinataire ;

3° Ce sont l'un et l'autre en même temps.

Nous ne pouvons ici examiner et discuter en détail les arguments invoqués par les partisans de ces divers systèmes. Nous nous bornerons à exposer l'avis qui nous paraît le plus juridique ².

Nous écartons tout d'abord l'hypothèse où l'une des parties aurait commis une faute patente ; par exemple l'expéditeur a mis à sa lettre une adresse erronée, ou le destinataire a refusé une lettre ou une dépêche qui

¹ Voir en ce sens : Darquer, pp. 115, 116 ; — A Girault, § 161 ; — Valéry, § 381.

² Cette controverse est fort bien et très longuement exposée dans *Le Télégraphe*, de M. Serafini, §§ 45 à 54 ; et dans l'ouvrage de M. Valéry, §§ 382 et suiv.

lui était réellement destinée. Si petite que soit la faute, le dommage causé retombera sur son auteur.

Nous supposons donc que la faute émane de l'administration postale ; par exemple elle a perdu la lettre que je lui avais confiée, ou l'employé du télégraphe a altéré le texte de ma dépêche ; c'est l'espèce que le tribunal de Cologne a été appelé à juger le 4 avril 1856. La maison Oppenheimer, de Cologne, avait télégraphié au banquier Weiler, de Francfort : achetez mille actions..... (*erkaufen sie*) ; la dépêche portait : vendez... (*verkaufen sie*). La vente, faite au lieu de l'achat, engendra un préjudice considérable. Le tribunal de Cologne a jugé que c'était l'expéditeur qui devait le supporter.

Nous adoptons cette opinion ; pour nous, c'est toujours l'expéditeur qui doit souffrir du dommage causé par la perte, le retard ou l'altération de la correspondance. La jurisprudence, quoique divisée, semble être plutôt en ce sens. La doctrine est partagée.

Il faut bien remarquer ceci, c'est que nous recherchons ici laquelle, des deux parties également innocentes, doit supporter la faute d'un tiers. Régulièrement, d'après les principes, c'est l'administration, cause directe du dommage, qui devrait le réparer. Aussi les raisons que l'on invoque soit contre l'expéditeur, soit contre le destinataire, sont-elles assez faibles.

Nous croyons que c'est l'expéditeur qui doit toujours supporter le préjudice, mais nous repoussons les motifs qu'on donne en général à l'appui de ce système. On a dit que l'administration jouait le rôle de mandataire de l'expéditeur, et dès lors que ce dernier était responsable des fautes commises par l'administration, son mandataire¹.

¹ Ce système a été soutenu par un auteur allemand, M. Koch, dans un *Traité sur les chemins de fer*.

Nous ne saurions accepter cette idée, puisque le contrat postal ne peut être un mandat, nous l'avons vu. D'ailleurs, y eût-il vraiment là un mandat, que l'expéditeur n'en deviendrait pas pour cela responsable des erreurs de l'administration ; car, comme le fait justement remarquer M. Valéry ¹, « l'article 1998 du Code civil oblige le mandant à exécuter seulement les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné. »

On a dit encore, en faveur de notre système, qu'il y a au moins une faute légère de la part de l'expéditeur à recourir à un moyen de transmission qui, comme le télégraphe, ne saurait donner une sécurité absolue. Ce serait une *culpa in eligendo*, faute très légère sans doute, mais suffisante pour engager la responsabilité de l'une des parties, quand toutes deux sont en somme également innocentes ². Nous repoussons encore cet argument ; d'abord parce qu'il ne peut justifier notre système que quand l'expéditeur a recouru au télégraphe, non quand il a envoyé une lettre par la poste ; puis, parce que la responsabilité que l'article 1384 (al. 3) du Code civil fait peser sur les maîtres et commettants, à raison du dommage causé par leurs préposés, est fondée sur ce que le maître a choisi son préposé, ce qui n'est pas notre cas, puisque l'État s'est attribué le monopole du transport des correspondances ; enfin, parce qu'il n'y a aucune faute, même très légère, à se servir du télégraphe, puisque l'État y recourt journellement et pour des affaires de la plus haute importance.

M. Girault ³ cite, à l'appui de notre système, cette

¹ § 388 *in fine*.

² *Sic* Ch. Darquer, p. 110.

³ Girault, § 156, p. 234.

phrase empruntée à Ihéring : « Tout contractant doit manifester lui-même sa propre volonté ; celui qui se sert à cette fin d'une autre personne le fait à ses risques et périls ; » et il conclut : « Autrement dit : tant pis pour l'expéditeur qui emploie la poste ou le télégraphe ; il n'avait qu'à se transporter chez le destinataire.. » Cette raison nous semble plus exacte que celles énoncées précédemment, parce qu'on n'y fait pas intervenir l'idée d'une faute commise par l'expéditeur ; nous le répétons, il n'y a aucune faute, même très légère, dans le fait de recourir à la poste ou au télégraphe. MM. Lyon-Caen et Renault¹ disent en ce sens : « Il n'y a sans doute pas faute de sa part, quand un employé transmet inexactement sa dépêche ; mais l'expéditeur *a au moins accompli un fait* en envoyant cette dépêche, et le destinataire y est demeuré absolument étranger. » C'est l'application de l'article 1382 du Code civil, et la véritable raison, à notre avis, de la responsabilité de l'expéditeur.

Nous avons eu déjà l'occasion d'appliquer l'article 1382, à propos de la révocation inopportune de l'offre² ; l'interprétation que nous en avons donnée nous paraît absolument conforme à l'intention du législateur ; de plus elle justifie pleinement le système qui met le préjudice à la charge de l'expéditeur. Cette théorie peut se résumer ainsi : Ce qui engage la responsabilité d'une personne, d'après l'article 1382, c'est « tout fait quelconque de l'homme, » c'est-à-dire tout acte fait avec ou sans intention de nuire, même alors que l'agent ne pouvait pas se douter du préjudice à venir.

¹ Lyon-Caen et Renault, *Droit commercial*, t. III, § 23.

² Voir *suprà*, deuxième partie, chap. II, section I, sous-section I (*De l'offre*), § 19.

Ce qui constitue le délit ou le quasi-délit civils ce n'est pas l'immoralité de l'agent, son intention de nuire ; c'est le dommage causé, le *damnum injuria datum*. Le fondement de la réparation n'est donc pas la culpabilité de l'agent, mais le préjudice lui-même. Or, dans notre espèce, nous trouvons en présence deux personnes également exemptes de faute, l'expéditeur et le destinataire ; et cependant il faut faire retomber sur l'une d'elles le préjudice causé par un tiers irresponsable. Sera-ce sur le destinataire ? Non assurément, car non seulement il n'est pas fautif, mais encore il est demeuré agent absolument passif dans l'affaire. L'expéditeur, au contraire, sans être fautif, a du moins fait un acte à l'occasion duquel le dommage s'est produit, il a envoyé la lettre ou le télégramme, il a été agent actif, et en somme auteur indirect du préjudice ; c'est donc à lui de le réparer. Enfin on peut ajouter que l'expéditeur avait, jusqu'à un certain point, un moyen préventif d'éviter les erreurs, c'était de recommander sa lettre ou de faire collationner son télégramme ¹.

Quant aux systèmes adverses, qui font retomber toujours le préjudice sur le destinataire ; ou encore qui, considérant l'erreur de l'administration comme un cas fortuit, pensent qu'elle ne peut jamais ouvrir entre les contractants une action en dommages-intérêts, ce qui aboutit à laisser le préjudice à la charge de la partie lésée, quelle qu'elle soit ; nous les rejetons comme contraires à l'équité. Le premier, en effet, rend responsable

¹ Le système qui met le préjudice à la charge de l'expéditeur est soutenu par Lyon-Caen et Renault, *loc. citat.* ; — Ch. Darquer, pp. 109, 110 ; — Girault, § 156 ; — l'auteur allemand Koch. — Voir en ce sens : quelques arrêts de jurisprudence cités par Lyon-Caen et Renault (§ 23), et Valéry (p. 338, note 1).

du dommage une personne à laquelle on ne peut même pas reprocher un acte, si innocent fût-il. Le deuxième laisse au hasard le soin de choisir une victime ¹.

§ 8. — Enfin, nous devons ajouter que l'erreur de l'administration aura le plus souvent pour effet immédiat d'empêcher la conclusion du contrat. C'est ce qui a lieu, sans aucun doute, quand la lettre ou le télégramme contenant la manifestation d'une des volontés est perdu ; de même encore si la correspondance n'arrive à destination qu'après le terme convenu entre les parties. Le résultat serait le même enfin si l'altération du texte de la dépêche empêchait le concours des volontés de se former. C'est ce qui s'était produit dans l'espèce jugée en 1854 par la Cour d'Amiens ². Pierre avait, par dépêche, donné à Paul le mandat de vendre un objet déterminé pour 150 fr. Le télégramme portait 139. Pierre vendit pour 140. La Cour d'Amiens annula le marché, et à juste titre, par application des articles 1109 et 1110 du Code civil. Toutefois faut-il, pour que ce résultat se produise, et d'après les principes que nous avons précédemment posés, que l'erreur soit grave et porte sur un des éléments essentiels du contrat ³.

¹ Le système qui conclut en principe contre le destinataire est soutenu par E. Hepp, § 124, 3^e ; — Serafini, § 52 *in fine*. — M. Valéry enseigne un système mixte, basé surtout sur l'équité, et laissant aux tribunaux le soin de rechercher, dans chaque cas particulier, s'il n'y a pas eu une faute ou une négligence, même très légère, à la charge de l'une des parties ; § 390 *in fine*, §§ 391 et suiv.

² Cour d'Amiens, 11 mai 1854 (S. 55, 2, 186).

³ Voir en ce sens : Girault, § 155 ; — Cousin, *Des contrats entre absents* (thèse), pp. 200 et suiv. ; — Valéry, §§ 375 et suiv.

SECTION II

Correspondance télégraphique

§ 1. — Toutes les questions qu'a soulevées, au cours de ce travail, l'examen du contrat par correspondance, se posent aussi bien à l'égard de la correspondance télégraphique que de la correspondance postale. Toutefois, les différences qui séparent le télégramme de la lettre font varier sur quelques points les solutions données. Nous avons noté, chaque fois que l'occasion s'en est présentée, les spécialités relatives à la correspondance télégraphique. Nous ne pouvons entrer ici dans tous les détails d'une étude qui, pourtant, manque encore à notre bibliographie juridique de France.

D'ailleurs, nous le répétons, les principes généraux qui s'appliquent à la correspondance par lettres, s'appliquent également à la correspondance par télégrammes. Notamment la question si discutée sur l'instant et le lieu de la formation du contrat doit recevoir une solution semblable dans les deux cas.

Nous ne traiterons ici que des différences principales qui existent entre la lettre et le télégramme, ce qui nous conduit à parler :

- 1° De la nature juridique du télégramme ;
- 2° De la preuve qui peut en résulter.

§ 2. — *Nature juridique du télégramme.* — Les deux grandes différences qui séparent le télégramme de la lettre sont les suivantes :

- 1° Tandis que la poste transmet au destinataire un

document original, le télégraphe ne lui remet qu'une copie, l'original restant aux mains de l'administration;

2° Tandis que la lettre est signée en principe de son auteur, le télégramme ne porte jamais qu'une reproduction de sa signature.

On peut ajouter une troisième différence, au point de vue des frais de transmission; le coût du télégramme est beaucoup plus élevé que celui de la lettre.

Ces différences principales en entraînent d'autres, accessoires, mais qui pourtant ont une réelle importance au point de vue de la conclusion des contrats. M. Rousseau ¹ les a fort bien fait ressortir, et nous nous contentons de les résumer.

L'avantage d'une lettre est d'exprimer, d'une façon précise et complète, plus précise même que la parole, sinon plus complète, la volonté de son auteur. Le télégramme, en raison de son prix élevé, est nécessairement laconique; il est donc moins complet et souvent moins compréhensible que la lettre. — La lettre peut s'égarer ou arriver en retard à destination. A ces causes d'insécurité qui, malgré tout, procurent au contrat par correspondance un désavantage évident sur le contrat entre présents, le télégramme en ajoute une autre : C'est la facilité des altérations de son texte, le document que reçoit le destinataire n'étant souvent que la seconde copie de l'original, reproduit successivement par l'agent transmetteur et l'agent récepteur de la dépêche ².

¹ Rousseau, *loc. citat.* chap. 1, § 2.

² Du moins en est-il ainsi avec l'appareil Morse, encore très répandu. Le télégraphe imprimant Hughes évite, en partie, cet inconvénient, puisque un seul employé, au lieu de deux, copie l'original. Le pantélégraphe de l'abbé Caselli supprimerait toutes ces difficultés, puisque c'est l'appareil lui-même qui reproduit le

M. Rousseau ajoute cette différence encore : « A moins d'accidents de force majeure, l'expéditeur d'une lettre missive connaît d'avance, avec certitude, le moment où elle parviendra au destinataire. Celui, au contraire, qui correspond par le télégraphe, ignore absolument à quel moment précis sa dépêche arrivera à destination. L'encombrement des bureaux, le surcroît de dépêches administratives, toujours transmises avant toutes autres, des accidents atmosphériques, peuvent apporter de longs retards dans l'envoi des télégrammes. »

Est-il besoin d'ajouter que, le destinataire d'un télégramme n'ayant entre ses mains ni l'écriture ni la signature de l'expéditeur, il en résulte une plus grande incertitude sur l'identité de cet expéditeur ¹ ?

Son immense avantage, qui en rend l'emploi si fréquent, résulte de l'extrême célérité qu'il procure, célérité qui répond parfaitement aux besoins des affaires commerciales.

§ 3. — Les différences que nous venons de constater semblent produire cette conséquence que le télégramme n'a pas la même valeur juridique que la lettre. On l'a nié pourtant.

Certains auteurs ont assimilé complètement le télégramme à la lettre; comme elle, il serait l'expression originale de la volonté de l'expéditeur. D'après eux, la minute remise par l'expéditeur à l'employé du télégraphe ne contient que *ce qu'il voulait dire*; c'est

texte original, au besoin sous la direction de l'expéditeur, en tous cas sans l'intervention directe d'aucun agent, et dès lors avec l'exactitude mathématique qu'une machine seule peut donner. Malheureusement, quoique adopté en principe en France, il n'a pas encore été mis en usage.

¹ A Girault, § 147.

le texte même de la dépêche qui renferme *ce qu'il dit effectivement* ; la minute n'est qu'un brouillon, l'original c'est le télégramme remis. Et le fondement de ce système serait l'intention présumée de l'expéditeur, car nul, disent ces auteurs, ne consentirait à recourir à la transmission télégraphique s'il en était autrement. « L'expéditeur, dit le professeur Stubenrauch, veut que le télégramme soit considéré comme autographe, puisque c'est seulement à cette condition qu'il peut atteindre son but ¹. » — Pour combattre cette doctrine, qui n'a guère été soutenue qu'en Allemagne, il suffit de faire remarquer que, loin d'être conforme à la volonté de l'expéditeur, elle y semble plutôt contraire ; et surtout qu'elle contient une assertion en opposition formelle avec la réalité. Il paraît évident que l'expéditeur n'a pas voulu que sa volonté soit celle quelconque que le télégramme, plus ou moins altéré, portera à la connaissance du destinataire, mais bien celle-là même qu'il a inscrite sur la minute. De plus, la dépêche ne peut être un original, puisqu'elle n'est ni écrite, ni signée de la main de l'expéditeur.

On est arrivé à un résultat à peu près identique par un autre moyen. Quelques auteurs, pour permettre au télégramme de faire preuve complète contre l'expéditeur, ont dit qu'il était une *copie authentique* de la minute déposée. Ce système n'est pas plus admissible, car le télégraphiste ne saurait être considéré, dans notre Droit, comme un officier public.

Ces opinions écartées, il reste à exposer la doctrine généralement admise, et qui seule nous paraît conforme à la réalité des choses et aux principes du droit : La

¹ Voir Serafini, §§ 25 et 27.

dépêche n'est qu'une *copie*, et l'original est le texte même qu'a écrit l'expéditeur, texte qui reste entre les mains de l'administration. Le télégramme est une *dictée* (*relazione*), dit M. Serafini ¹, écrite par l'employé télégraphique. Et cette copie ou cette dictée sera tantôt écrite d'après l'original même, par l'agent télégraphique du poste d'expédition, si l'on a recours à un appareil imprimeur; et tantôt ne sera écrite que par l'agent du poste de destination, sur une première copie que lui transmet l'agent du poste d'expédition, par exemple si l'on a recours à un appareil à cadran ².

§ 4. — *Preuve que peut fournir la correspondance télégraphique.* — La lettre peut faire preuve complète en justice, nous le savons, parce qu'elle renferme l'expression exacte de la volonté de son auteur, et dès lors peut servir de titre pour ou contre lui. Le télégramme n'étant qu'une copie, n'a de valeur qu'autant qu'il est la reproduction fidèle de l'original. Il ne fait donc foi que provisoirement, comme représentant l'original. Si une contestation s'élève sur sa teneur, c'est à la minute déposée par l'expéditeur qu'il faudra recourir pour savoir ce que ce dernier a réellement voulu ³. C'est l'application de l'article 1334 du Code civil.

Le tribunal peut donc, quand il en est besoin, demander communication du document original au bureau télégraphique d'expédition. Le cas a été prévu et est facilité par des dispositions législatives. En effet, le décret du 16 avril 1881, sur la correspondance télégraphique intérieure, ordonne à l'administration, dans

¹ § 26.

² Sic Serafini, *loc. citat.*; — Girault, § 153; — Valéry, § 310.

³ Girault, *loc. citat.*; — Valéry, § 311.

son article 28, de conserver « les originaux des télégrammes pendant six mois, à compter de leur date, avec toutes les précautions nécessaires au point de vue du secret. » La convention télégraphique internationale du 16 juillet 1875 impose une obligation analogue aux États contractants. Enfin le décret du 12 janvier 1894, réglementant le fonctionnement du service télégraphique, reproduit encore cette disposition (art. 104) : « L'expéditeur peut, dans le même délai (délai de six mois, fixé pour la conservation des archives ; art. 103 *in fine*), et en justifiant de sa qualité, obtenir sans frais communication des originaux au bureau du dépôt. »

Ajoutons que l'article 29, alinéa 2, du décret de 1881, répété par l'article 103 du décret de 1894, permet à l'expéditeur ou au destinataire d'un télégramme de s'en faire délivrer des copies certifiées conformes, et ce, après constatation de leur identité, moyennant une taxe de 0 fr. 50, et pendant le délai susdit.

Donc, quand les parties ont recouru, pour conclure une convention, à la voie du télégramme, deux situations peuvent se présenter :

1° La dépêche reçue est identique à la minute déposée par l'expéditeur au bureau de départ. La conformité a été reconnue par les parties elles-mêmes, ou, au cas de contestation, vérifiée sur la communication de l'original. La dépêche a ici exactement la même force probante qu'une lettre missive. Elle pourra faire preuve complète de la convention, ou du moins servir de commencement de preuve, suivant les principes que nous avons posés pour la preuve du contrat *per litteras*.

2° La dépêche n'est pas conforme à l'original, et, par hypothèse, le désaccord porte sur des points essentiels du contrat. Il est évident que, faute de consentement,

le contrat n'a pu se former, nous l'avons constaté précédemment.

Il ne reste donc qu'à examiner la question d'indemnité pour le préjudice subi : Nous l'avons étudiée dans la première partie de cette section ; elle se résume d'ailleurs ainsi : Irresponsabilité de l'administration ; responsabilité, mais le plus souvent seulement théorique, des employés ; et finalement, d'après notre système, préjudice à la charge de l'expéditeur.

§ 3. — Nous devons dire aussi quelques mots de la preuve de l'identité de l'expéditeur, de la preuve de la réception du télégramme, et de la preuve de la date.

Preuve de l'identité de l'expéditeur. — Le destinataire de la dépêche, n'ayant entre ses mains ni écriture, ni signature émanant de l'expéditeur, n'a par lui-même aucun moyen de prouver que l'expéditeur prétendu est bien l'expéditeur véritable. Comment fera-t-il si l'identité de l'envoyeur est contestée ? Si l'on se trouve encore dans le délai fixé pour la conservation des originaux par l'administration, la communication de la minute déposée permettra de procéder à la vérification d'écritures. Si l'original a été perdu ou que le délai soit expiré, cette preuve devient plus difficile. La loi du 29 novembre 1850 prévenait cette difficulté en obligeant l'expéditeur à démontrer son identité, au moment où il déposait sa dépêche (art. 1). Mais la loi du 3 juillet 1861 (art. 1) a rendu cette formalité purement facultative, et les documents législatifs qui l'ont suivi ont maintenu sa disposition¹. Toutefois, comme ici le des-

¹ Voir article 26 du décret du 12 janvier 1894. Cet article déclare la preuve de l'identité de l'expéditeur facultative pour l'administration, en ce sens que l'administration n'est pas tenue

tinataire n'a « perdu le titre qui lui servait de preuve littérale que par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure, » il doit être admis, croyons-nous, à administrer sa preuve par tout moyen, en application de l'article 1348, 4°, du Code civil. Il pourrait notamment faire appel au témoignage des télégraphistes, si ceux-ci connaissaient l'identité de l'expéditeur, ou qu'ils aient exigé exceptionnellement qu'il en fit la preuve avant l'envoi de sa dépêche. Enfin si l'envoyeur était un commerçant, la production de ses livres pourrait être exigée, et s'il s'y trouvait quelque mention touchant l'expédition du télégramme, cette mention ferait preuve contre lui¹.

Preuve de la réception par le destinataire. — Les principes que nous avons posés, pour la preuve de la réception d'une lettre, s'appliquent aussi pour la réception d'un télégramme. C'est l'expéditeur qui devra prouver et l'envoi et la réception. La loi fournit à l'expéditeur un moyen facile d'administrer cette preuve grâce à la recommandation et au collationnement des télégrammes, avec accusé de réception². Même si l'envoyeur n'a pas pris ces précautions, la tenue par l'administration d'un registre de départ et d'arrivée de tous les télégrammes qu'elle transmet, lui permet de démontrer facilement la remise à destination³. A ce point de vue le télégramme présente donc une réelle supériorité sur la lettre.

de l'exiger. Mais si elle la réclame, l'expéditeur est tenu de la faire. L'article 27 indique comment, si on l'y oblige, il devra l'administrer.

¹ Voir sur ces points : Darquer, pp. 104, 105 ; — Valéry, § 354.

² Voir décret du 16 avril 1881, articles 19, 20, 21 ; décret du 12 janvier 1894, articles 56 et suiv.

³ Voir Valéry, § 312, p. 284.

Preuve de la date. — Touchant la date de la dépêche, nous n'avons rien de particulier à ajouter à ce que nous avons dit précédemment. Quant à la date de la réception du télégramme, laquelle peut avoir une grande importance dans le système que nous avons admis, et qui place la formation du contrat par correspondance au moment seulement où le destinataire de l'acceptation en prend connaissance, nous citons l'article 21 du décret du 16 avril 1881, reproduit par l'article 39 du décret du 12 janvier 1894, qui en facilite la preuve, en déclarant que l'expéditeur de tout télégramme peut demander que l'indication de la date et de l'heure auxquelles son télégramme sera remis à son correspondant, lui soit notifiée aussitôt après la remise.

SECTION III

Correspondance téléphonique.

§ 1. — Le dernier pas que la science moderne ait fait franchir à la question de la transmission de la pensée à distance, c'est l'invention du téléphone. Ce procédé de communication entre personnes absentes simplifie dans des proportions notables les rapports des contractants, en faisant disparaître en partie des relations juridiques, les notions d'espace et de temps. Une étude des contrats par correspondance nous eût semblé incomplète sans un examen au moins rapide de la correspondance téléphonique.

Les points sur lesquels nous nous arrêterons spécialement sont les suivants :

1° Nature du contrat par téléphone ;

- 2° Preuve de ce contrat;
- 3° Identité des contractants.

§ 2. — *Nature du contrat par téléphone.* — Est-ce un contrat entre absents ou entre présents? La question a été vivement discutée, surtout en Italie où furent publiés les premiers travaux sur le contrat par téléphone, et les deux opinions ont été soutenues.

Frappés en premier lieu de ce que, dans le contrat téléphonique, les deux parties se parlent et s'entendent réellement, et en second lieu, de la simultanéité de l'offre et de l'acceptation, quelques auteurs l'ont rangé parmi les contrats entre présents. Ce système a été émis par le professeur Gabba ¹ et soutenu en France par M. Ch. Darquer ²; et aussi, semble-t-il, par MM. Lyon-Caen et Renault ³ : « Les parties, disent MM. Lyon-Caen et Renault, bien que séparées par une distance plus ou moins grande, sont en communication directe l'une avec l'autre, et peuvent se faire connaître instantanément leurs volontés, comme si elles étaient réellement en présence l'une de l'autre. » Pour M. Darquer, la situation des personnes, qui correspondent par téléphone, est la même « que si les contractants s'entretenaient de deux chambres contiguës, à travers une cloison et sans se voir, » aussi l'auteur a-t-il écarté le contrat téléphonique de son étude des contrats par correspondance.

Au contraire, frappés plutôt par l'éloignement matériel des parties, d'autres auteurs ont fait abstraction de la simultanéité de l'offre et de l'acceptation, et déclaré

¹ Gabba, *Moniteur des tribunaux de Milan* (1882, n° 41).

² Ch. Darquer, *Des contrats par correspondance*, p. 11.

³ Lyon-Caen et Renault, t. III, § 19 bis.

que c'était un contrat entre absents. C'est le système du professeur italien Vidari ¹.

On le voit, chacun de ces deux systèmes également absolus, se borne à prendre l'un des éléments du contrat téléphonique, puis il en fait la dominante de ce contrat, et le classe d'après cette caractéristique. Si l'on ne voit que la simultanéité de la proposition et de son acceptation, c'est un contrat entre présents. Ce sera un contrat entre absents, si l'on ne veut songer qu'à l'éloignement des parties.

Entre ces deux systèmes, se place une théorie mixte qui prend en considération le double élément que nous avons constaté, et en conclut que notre contrat ne doit être rangé d'une façon absolue, ni parmi les contrats entre absents, ni parmi les contrats entre présents. Cette théorie a été émise, en Italie encore, par M. Cesare Norsa ², et soutenue en France par M. G. Vidal ³, l'un et l'autre, dans une étude spéciale sur le téléphone; elle est également enseignée par MM. Girault ⁴ et Valéry ⁵. Nous nous rangeons à cette doctrine, mais sans accepter toutes les conséquences qu'on en a déduites.

Un premier point nous paraît certain, c'est que le contrat par téléphone n'est absolument ni un contrat entre présents, ni un contrat entre absents. Le contrat entre présents exige que l'offre et l'acceptation se succèdent sans solution de continuité; mais il exige aussi

¹ Vidari, *Moniteur des tribunaux de Milan* (1882, n° 43). — En ce sens : Aubert, *Contrats par correspondance* (thèse), p. 187.

² Norsa, *Il telefono e la legge*.

³ G. Vidal, *Le téléphone au point de vue juridique*, pp. 92 à 96.

⁴ Girault, § 164.

⁵ Valéry, § 62.

que les parties soient en présence l'une de l'autre, se voient et s'entendent ; son nom seul suffit à l'indiquer. Le contrat entre absents réclame l'éloignement des contractants ; mais il réclame aussi qu'un certain *tractus temporis* sépare les deux phases de la convention, l'expression des deux volontés. Le contrat par téléphone emprunte à chacun d'eux un de ses caractères, et s'en éloigne par l'autre, semblant tenir ainsi un juste milieu entre tous les deux.

Après avoir constaté ce fait, M. Norsa arrive à cette conclusion : le contrat par téléphone serait un contrat d'une nature toute spéciale, ne rentrant dans aucun de ceux que la loi a prévus et réglés ; aussi faudrait-il l'abandonner tout entier au pouvoir d'appréciation des tribunaux. « Ce n'est point un acte juridique tant que le législateur ne l'a pas réglé, c'est un acte de pur fait livré à l'équité naturelle des magistrats ¹. » Cette solution, proposée par M. Norsa, a été très vivement critiquée par M. Vidal ², qui la déclare « indigne d'un jurisconsulte comme lui, » et par M. Girault ³. Les objections fort justes qu'on lui oppose sont les suivantes : 1° « Laisser à l'arbitraire du juge une question juridique que l'on transforme en question de fait, c'est s'exposer à des solutions diverses sans contrôle ni réglementation possible ⁴ ; » — 2° il existe à la base de notre Droit des principes certains, fondamentaux, auxquels sont soumis tous les contrats, sans que la loi les ait spécialement prévus, sans qu'elle les y ait formellement astreints ; 3° — les contrats par lettres missives ou télé-

¹ Vidal, *loc. citat.* pp. 93 *in fine*, 94.

² *Sic*, p. 94.

³ § 165, p. 254.

⁴ Vidal, *loc. citat.*

grammes, eux non plus, ne sont pas prévus par notre Code, et pourtant nul ne conteste que, pour les apprécier, le juge n'ait des règles plus précises que l'équité naturelle.

De ce que le contrat par téléphone n'est ni absolument un contrat entre absents ni absolument un contrat entre présents, M. Norsa en a conclu que c'était un contrat différent de l'un et de l'autre, et comme tel soumis à des règles spéciales. Après avoir fait la même observation, nous arrivons à une conséquence toute différente, et qui nous semble beaucoup plus logique : Le contrat par téléphone est bien un contrat spécial, mais en ce sens qu'il est *tout à la fois contrat entre absents et contrat entre présents*. Les règles qu'on devra lui appliquer seront donc tantôt celles qui régissent les conventions *inter absentes*, tantôt celles qui gouvernent les conventions *inter presentes*.

Appliquons ces principes : La notion de temps, le *tractus temporis*, qui est un élément du contrat entre absents, disparaît complètement dans le contrat par téléphone ; la parole est à peu près aussitôt entendue que transmise. Nous nous trouvons donc, au point de vue de la faculté de rétractation, dans la même situation que si les parties étaient en présence. Aussitôt prononcée, l'acceptation est connue du proposant ; par là même le contrat se forme de suite, et toute rétractation de l'acceptation devient impossible. De même pour l'offre, si le destinataire de cette offre l'a acceptée dès qu'il en a eu connaissance, elle ne peut plus être rétractée ; si le destinataire ne répond pas immédiatement, le proposant pourra rétracter son offre jusqu'à ce qu'elle ait été acceptée, puisque ici l'acceptation et la connaissance de cette acceptation ne font qu'un. Ce sont là, on le voit,

exactement les règles qui président aux contrats passés *inter praesentes*.

Un contrat a été conclu par téléphone, entre personnes habitant des villes ou même des nations différentes. Il devient nécessaire de déterminer le lieu de la formation du contrat, soit pour régler la question de compétence, si le contrat a été passé entre deux villes de France; soit pour fixer quelle loi doit le régir, s'il a été conclu entre la France et l'Italie, par exemple. Ici, c'est la notion d'éloignement, de distance entre les contractants qui domine, et ce sont évidemment les règles du contrat entre absents qu'il faudra appliquer. Donc, dans le système que nous avons adopté (théorie de l'information), c'est au lieu où le proposant a reçu la réponse de l'acceptant que le contrat par téléphone a pris naissance ¹.

Ces observations faites, nous arrivons à cette conclusion, c'est que le contrat par téléphone doit être rangé parmi les contrats par correspondance. Il ne présente pas à la vérité tous les caractères du véritable contrat entre absents; mais il n'en est pas moins vrai que le téléphone est, pour des personnes qu'une distance plus ou moins grande sépare, un moyen de communiquer, de correspondre entre elles, et l'expression courante de « correspondance téléphonique » nous semble à l'abri de toute critique ².

Nous avons fait remarquer plusieurs fois que la règle, en matière de contrats, était celle de la présence effec-

¹ A. Girault, § 165, p. 253. Partisan du système de l'agnition, M. Girault, tout en partant du même principe, arrive à une conséquence différente : pour lui, le contrat téléphonique se forme dans le lieu où l'acceptant a prononcé sa réponse.

² Valéry, § 61.

tive des parties, et que les contrats entre absents étaient l'exception, exception rendue nécessaire par le développement des relations internationales, et surtout les besoins du commerce et de l'industrie. Nous en avons conclu que les règles générales, applicables en principe à tous les contrats, étaient celles qui régissaient les contrats entre présents. Nos codes ne s'occupent que très incidemment des conventions conclues à distance ; dès lors, chaque fois qu'à leur occasion une difficulté se soulève et qu'aucun texte ne permet de la résoudre, il faut faire appel aux règles des contrats entre présents, et les appliquer autant du moins que les circonstances le permettent. C'est en vertu de ce principe, et par l'analyse même du consentement échangé entre personnes présentes, que nous nous sommes faits les partisans du système de l'information, dans la grande question du temps et du lieu de la formation du contrat par correspondance. Or, le contrat par téléphone nous semble justement être venu restreindre l'exception, et amener un retour vers la règle générale. Il n'existe pas de contrats entre absents à proprement parler ; il existe des contrats prévus et réglés par la loi. Ces contrats se passent d'ordinaire entre personnes effectivement présentes. Par exception, on peut être amené à les conclure à distance, et cette situation fait varier sur quelques points les règles qui leur sont applicables. Or, ce qui produit ce résultat, c'est la double circonstance de l'éloignement des parties, et de la non-continuité entre les diverses phases de la convention, c'est-à-dire les notions d'espace et de temps. Le contrat par téléphone a supprimé l'une de ces circonstances ; il a fait disparaître des relations juridiques la notion du temps ; quoique éloignées, les parties contractent « *uno con-*

textu », si je puis me servir de cette expression. Il résulte de là que les circonstances, qui empêchaient l'application absolue des règles des contrats entre présents, aux contrats par correspondance, se trouvent en partie restreintes. La question du moment où intervient le contrat ne se pose plus, puisque l'offre et l'acceptation se succèdent par le téléphone à peu près aussi rapidement que la demande et la réponse entre présents, et que le même instant juridique voit la proposition s'exprimer et la convention se parfaire. Il n'y a plus guère que pour la question du lieu où se forme le contrat par téléphone, que l'idée de l'éloignement des parties présente encore de l'importance. Si la science, faisant un dernier pas dans cette voie, arrive à supprimer aussi la notion d'espace, la distinction des contrats entre présents et entre absents ne présentera plus guère qu'un intérêt théorique.

§ 3. — *Preuve du contrat par téléphone.* — Nous n'avons constaté encore que les avantages du contrat téléphonique sur les autres contrats entre absents, avantages qui se résument dans la célérité absolue du mode de communication, et dans la possibilité pour les parties de traiter en une seule fois, sans solution de continuité, et comme si elles étaient en présence. On peut y ajouter, par comparaison avec le télégraphe, le secret plus absolu de la correspondance, et la disparition des causes d'erreurs que rend si fréquentes la transmission télégraphique. — A côté de ces avantages, le contrat par téléphone présente des inconvénients réels : Contrairement à la lettre et au télégramme, la correspondance téléphonique ne laisse aucune trace de son passage ; elle ne fournit aucun titre au contractant. De plus, la preuve

de l'identité des parties est particulièrement difficile ici, et la fraude d'autant plus aisée que la voix de chaque contractant ne parvient à l'autre que singulièrement altérée par l'appareil de transmission lui-même.

Les parties n'ayant entre les mains aucun écrit, il en résulte que la preuve du contrat conclu de cette façon sera très difficile, en cas de contestation. Le témoignage des employés du téléphone ne pourrait prouver qu'une seule chose, c'est que telles et telles personnes ont communiqué ensemble tel jour, à telle heure, mais non l'objet de la convention. Il n'y a donc pas d'autres modes de preuve que la preuve testimoniale et le serment. La preuve testimoniale, nous dit M. Vidal¹, ne sera admise que jusqu'à 150 fr. en matière civile, mais sera de droit commun en matière commerciale. Il nous semble cependant que la preuve testimoniale peut être invoquée même en matière civile excédant 150 fr. ; d'abord, sans aucun doute, quand le demandeur possède un commencement de preuve par écrit ; et même dans tous les cas, par application de l'article 1348 du Code civil, puisqu'il n'a pas été possible au demandeur de se procurer une preuve littérale.

Si les parties n'ont pas pris soin de faire assister des tiers à la conclusion du contrat par téléphone, ces tiers pouvant entendre les communications de l'un et l'autre contractants, la preuve devient plus difficile. On ne pourra plus guère recourir qu'au serment, moyen dangereux si l'adversaire est de mauvaise foi. Toutefois, en matière commerciale, les mentions, inscrites sur les registres des marchands au sujet de la convention ainsi conclue, faciliteront beaucoup cette preuve².

¹ Vidal, pp. 97 *in fine*, 98.

² Valéry, § 63 *in fine*.

Ici encore c'est à la science qu'il faut demander une solution. L'application du phonographe au téléphone, réalisée récemment sous le nom de téléphonographe, résoudrait la question de preuve, en mettant entre les mains de chaque partie un téléphonogramme enregistrant exactement les termes de la convention ¹.

§ 4. — L'emploi du téléphone et le défaut d'écrit qui en résulte entraînent une autre difficulté, quand le contrat est de ceux qui sont soumis à la transcription pour devenir opposables aux tiers.

La solution de la difficulté dépend de l'opinion que l'on admet sur la possibilité de la transcription d'une vente purement verbale. Peut-on transcrire une vente verbale? Ceux qui admettent, avec M. Mourlon ², l'affirmative, enlèvent au contrat téléphonique un de ses inconvénients. Mais l'opinion la plus répandue croit cette transcription impossible, par application de l'article 1^{er} (al. 3) de la loi du 23 mars 1855 : Sont transcrits, dit cet article, « 3^o tous jugements qui déclarent l'existence d'une convention verbale.....; » d'où il semblerait résulter qu'une déclaration purement verbale ne saurait remplacer le jugement que réclame la loi ³.

Quoi qu'il en soit, le téléphonogramme serait, à nos yeux, un titre très suffisant pour faire procéder à la transcription.

§ 5. — *Identité des contractants.* — Une erreur sur l'identité des contractants est très facile en matière de

¹ Voir sur ces divers points : Vidal, pp. 97 à 99; — Girault, § 167; — Valéry, §§ 63 et suiv.

² Mourlon, *De la transcription*, t. I, § 26.

³ Flandin, *De la transcription en matière hypothécaire*, t. I, § 76.

correspondance téléphonique ; d'abord parce que les parties ne peuvent pas se voir ; puis parce qu'aucun signe tracé de leur main ne permet une vérification d'écritures ; encore parce que l'appareil altère notablement le timbre de la voix ; enfin parce que la preuve de la fraude est difficile, et que le Code pénal ne réprime pas cette fraude. En effet, l'article 150 du Code pénal prévoit le cas de faux en écriture privée, et punit de la réclusion celui qui s'en est rendu coupable. Cette disposition s'applique à celui qui aurait écrit ou signé une lettre au nom d'un autre, et pour lui porter préjudice ; la jurisprudence l'étend même à l'auteur de faux télégrammes¹ ; mais ce texte laisse la correspondance téléphonique hors de ses termes, puisque celle-ci ne suppose aucun écrit².

Nous avons montré que la substitution d'une personne à une autre, et dès lors l'erreur sur la personne d'une des parties, était facile dans les contrats téléphoniques ; il nous reste à examiner comment se fera la preuve de l'identité des contractants. Voici comment se pose la question : Une personne demande l'exécution d'un contrat, qu'elle dit avoir conclu par téléphone ; le correspondant prétendu nie avoir été l'interlocuteur du demandeur dans l'affaire en question. Le principe est posé par l'article 1315 du Code civil : « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. » La partie, qui affirme être le sujet actif d'un droit, doit prouver l'identité de la personne qu'elle prétend être engagée envers elle. C'est donc à celui qui réclame l'exécution du contrat téléphonique à faire la preuve de l'identité

¹ Cassation, 6 juillet 1867 (S. 68, 4, 93).

² *Sic* Vidal, pp. 96, 97.

de son correspondant. Toutefois M. Vidal¹ fait une distinction qui nous semble très juste :

Un tiers s'est-il servi, sous le nom de l'abonné, de l'appareil de transmission dont l'usage est exclusivement réservé à ce dernier, en vertu des articles 1 et 2 du décret du 31 mai 1890² ; l'abonné est présumé être l'auteur de la communication. Il y a, en effet, au moins imprudence de sa part à ne pas avoir surveillé l'emploi de l'appareil destiné à son unique usage. Ce sera donc à lui de prouver qu'il n'a pas été, dans l'affaire, l'interlocuteur du demandeur. S'il ne réussit pas à faire cette preuve, le contrat sera réputé définitif ; et l'abonné sera ainsi engagé dans les liens d'une convention à laquelle il n'a pas consenti. C'est là un inconvénient de la correspondance téléphonique, mais qui se justifie cependant jusqu'à un certain point, ou tout au moins qui s'explique, par la négligence de l'abonné. D'ailleurs il existe un moyen d'y remédier, c'est pour les parties en relations fréquentes d'affaires, d'avoir un mot d'ordre, un signal convenu, qui permette à chacune de s'assurer de l'identité de son cocontractant. Si, au contraire, l'abonné parvient à prouver qu'un tiers s'est substitué à lui, le contrat sera déclaré inexistant ; mais la responsabilité de l'abonné demeure engagée, et il sera tenu de dommages-intérêts envers la victime de la fraude, en raison du préjudice que son imprudence a pu lui causer.

Au contraire, si les deux contractants n'avaient d'abonnement téléphonique ni l'un ni l'autre, et qu'ils aient simplement recouru à l'appareil que l'administra-

¹ Vidal, p. 97.

² Décret du 31 mai 1890 fixant les conditions d'abonnement aux réseaux téléphoniques urbains.

tion met à la disposition du public, c'est, en vertu des principes, à celui qui demande l'exécution du contrat à prouver l'identité de son correspondant, preuve qu'il lui sera le plus souvent fort difficile d'administrer.

Il est à peine besoin d'ajouter que l'auteur de la fraude, quand il pourra être connu, sera tenu de réparer le préjudice par lui causé¹.

§ 6. — Il nous reste à dire un mot de la responsabilité de l'administration, et de la compétence en matière de difficultés relatives à la transmission téléphonique.

Nous ne nous occupons que des rapports de l'État avec les particuliers ; évidemment quand le service est fait par une compagnie concessionnaire, celle-ci reste soumise au droit commun, au point de vue de la responsabilité et de la compétence. Pour l'État, le principe de l'irresponsabilité n'est formulé dans aucun texte législatif, mais l'État stipule, dans le contrat d'abonnement, qu'il ne répondra d'aucuns retard ou erreur, même résultant du fait de ses employés.

En cas de difficulté entre l'État et un particulier, la compétence est administrative².

¹ Voir sur ces points : Vidal, pp. 96, 97 ; — Girault, § 166 ; — Valéry, § 65.

² Voir Vidal, pp. 81, 82.

APPENDICE

Le Contrat par correspondance dans l'avenir (une hypothèse)

Je pourrais presque dire, si l'étude des Contrats par correspondance avait tenté plus de gens qu'elle ne l'a fait, qu'il est classique de la terminer par un appel au législateur. Sans aucun doute, une législation serait très utile sur ce point, puisque le Contrat par correspondance s'est fait une place si grande, à notre époque, dans les relations civiles, commerciales et internationales. Il serait surtout à désirer que la question qui domine toute cette matière, j'ai dit la question du temps et du lieu où se forme la convention, fût définitivement tranchée par la loi. Les discussions de la doctrine, et l'hésitation qui règne encore dans la jurisprudence, apportent un certain trouble dans les affaires. Cependant pas un seul projet de loi, à notre connaissance du moins, n'a été déposé sur cette question devant le Parlement.

Pourquoi ce désintéressement à l'égard d'une question pourtant importante, puisqu'elle touche au Droit tout entier? Peut-être pour la raison suivante (qu'on nous permette de l'exprimer, quelque audacieuse qu'elle puisse paraître!) ; C'est que le contrat entre absents, en

général, a semblé un procédé de transition, et non un mode normal et définitif de s'entendre. — C'est entre personnes présentes qu'une convention doit régulièrement se conclure, parce que la convention exige des volontés réfléchies, un accord certain, et que c'est par la parole seule que l'on peut arriver, après discussions et débats, à une concordance parfaite des volontés. Le Contrat par correspondance est né des découvertes de la science, sous l'empire des exigences des affaires; c'est encore la science qui l'anéantira, sous l'empire des mêmes nécessités.

C'est donc à la science que nous ferons appel pour trancher la question pendante; non pas qu'une législation ne puisse résoudre le débat, imposer à la jurisprudence une unité parfaite, et faire disparaître des relations entre absents toutes causes d'insécurité; mais parce que, pour nous, cette législation n'aurait qu'une utilité temporaire, et que le Contrat par correspondance, aujourd'hui à son apogée, sera peut-être inutile demain.

Cet espoir dans la science peut être traité d'illusion, mais quand on a quelque vingt ans, il est permis d'en avoir encore, des illusions; et il est surtout permis d'avoir foi en l'avenir. D'ailleurs, le siècle où nous sommes n'est-il pas le siècle de la science? Chaque jour apporte, à l'édifice des connaissances humaines, sa pierre nouvelle, et les assises ainsi succèdent aux assises. La vapeur hier régnait sans partage, l'électricité triomphante a pris aujourd'hui sa place, et demain peut-être s'éclipsera devant une force nouvelle.

Les besoins du commerce et de l'industrie, la colonisation de régions lointaines, les relations internationales, ont créé les rapports entre personnes éloignées.

L'établissement des diligences, la construction des canaux, la création des chemins de fer et des messageries maritimes, ont engendré le Contrat par correspondance. L'électricité, en donnant naissance au télégraphe, puis au téléphone, a restreint, puis supprimé la notion du temps. Il n'y a plus qu'un pas à franchir : qu'on puisse se voir à distance, comme déjà on peut s'entendre, la notion d'espace aura disparu. Séparées par des milliers de lieues, les parties seront encore en présence, elles se verront et s'entendront, discuteront toutes les clauses du contrat à intervenir, se feront des concessions mutuelles, aboutiront enfin à une entente parfaite, sans fraude possible, sans erreur d'aucune sorte, avec même cet avantage sur les rapports entre personnes effectivement présentes, que les preuves du contrat intervenu demeureront immuables, grâce à un appareil enregistreur, succédané du phonographe, et relatant avec une exactitude mécanique jusqu'aux éclats de rire des contractants.

Est-ce un enfantillage ? Une réminiscence des lectures de la dixième année ? Un rêve emprunté aux merveilleuses découvertes imaginaires des auteurs chers à la jeunesse ? Je ne erois pas. Il y a un mois à peine, et l'on eût aussi traité d'enfantillage la photographie à travers les corps opaques ou la photographie du mouvement, et cependant, à l'heure actuelle, la lumière noire est connue, et le cinématographe fonctionne.

S'entendre parler de France aux antipodes était aussi un rêve au siècle dernier. Aujourd'hui le téléphone semble une invention toute naturelle. -- Garder une trace durable d'une chose aussi fugitive que la parole paraissait impossible, autrement que par l'écriture ou l'im-

pression; encore l'écriture manuelle ou imprimée ne reproduisait-elle que la parole corrigée, épurée, modifiée au besoin. Aujourd'hui le phonographe fige dans le métal les termes mêmes employés, et les plus petits détails de la convention conclue. — Le téléphonographe réalisera ces deux avantages dès que la pratique s'en sera emparée. — Un seul pas reste à faire : la glace électrique, que, dit-on, cherche Edison, et qui reproduira les traits des parties avec la fidélité même avec laquelle le phonographe reproduit leurs paroles. Les contractants se voyant et s'entendant, une substitution de personne deviendra impossible. Le contrat étant conclu *uno contextu*, entre personnes scientifiquement, électriquement présentes, sinon effectivement en présence, la question du moment où se forme le contrat disparaîtra. Et de toutes les difficultés présentes, il n'en restera plus qu'une : celle du lieu de la convention. C'est alors que nous ferons appel au législateur, nous ou d'autres, s'il ne nous est pas donné de voir cette transformation.

Ainsi, par le double effort successif de la science et du Droit, cette question, si complexe encore, des Contrats par correspondance se trouvera très simplifiée et définitivement réglée. — Il semble que ce soit là une loi universelle : à l'origine des peuples tout est simple ; l'esprit encore inculte ne saurait saisir la diversité. Puis vient la science qui morcelle, subdivise, complique, puis qui, arrivant à sa perfection, condense et simplifie à nouveau. La complexité a remplacé la simplicité ; puis-elle retourne à la simplicité primitive. Aujourd'hui il y a mille façons de contracter entre absents ; demain peut-être, il n'y en aura plus qu'une.

Qu'on veuille bien nous pardonner ces réflexions

plutôt inspirées par l'imagination que guidées par le raisonnement. En les faisant, nous n'avions ni la prétention d'attirer l'attention des jurisconsultes sur une question de droit trop délaissée jusqu'en ces derniers temps, ni de stimuler l'esprit de découverte de ceux qui n'ont pas d'autre mobile ici-bas que l'intérêt de la science. Nous n'avons voulu que lâcher un instant la bride à l'imagination à qui une tâche de longue haleine avait longtemps interdit toute intervention.

Quant au sujet même que nous avons traité, nous l'avions choisi parce qu'il n'avait pas été, comme tant d'autres, comme tous les autres, encore trop défloré par des esprits autorisés et toujours avides de creuser les questions nouvelles. L'apparition, au cours de ce travail, d'un ouvrage, non du même genre, car, œuvre d'un maître, il est d'une toute autre envergure, a enlevé à notre tâche une partie de son mérite. Qu'il nous soit permis ici d'exprimer, à M. Valéry, notre admiration pour une œuvre qu'il a si bien traitée. Si jamais cette modeste étude tombe entre les mains du maître, il pourra y voir qu'il y a des jeunes encore, quoi qu'on dise, qui ont le respect et gardent l'admiration de leurs devanciers. Ce livre souvent m'a servi de guide, comme on l'a pu voir, puisque j'ai toujours cité les emprunts que j'ai faits.

A défaut d'autre, il nous resté du moins le mérite de recherches consciencieuses et approfondies, d'un travail laborieux, peut-être de quelques idées originales, en tous cas celui d'avoir traité une question neuve : Celle de l'historique des Contrats par correspondance, en Droit romain et dans notre ancien Droit, question qui n'avait été jusqu'à ce jour qu'assez légèrement effleurée.

Si nous n'avons pas ajouté grand'chose à l'édifice de la science, peut-être avons-nous contribué à le consolider du moins.... A moins que ce ne soit encore une illusion!

Vu :

Le Professeur, président de la thèse,

L. GUILLOUARD.

Vu :

Le Doyen de la Faculté,

EDMOND VILLEY.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Caen,

E. ZEVORT.

ERRATA

- PAGE 49. — La dernière ligne de cette page, et les premières de la page 50, ne forment pas un nouveau paragraphe, mais doivent être réunies au précédent paragraphe.
- PAGE 61. — 10^e ligne, dernier mot, lire : *ex*, au lieu de : est.
- PAGE 63. — 21^e ligne, après la parenthèse, il faut un point et une lettre majuscule.
- PAGE 63. — 23^e ligne, lire : amène-t-il donc.
- *PAGE 71. — 18^e ligne, après : « étant un contrat consensuel ; mais » ajouter : *peut-être ce'a ne lui est-il plus possible parce que.*
- PAGE 75. — 18^e ligne, au lieu de : pouvaient ou non contracter litteris ; lire : pouvaient ou non *s'obliger* litteris.
- PAGE 76. — 15^e ligne, au lieu de transcription ; lire : *transcriptio*.
- PAGE 202. — 3^e alinéa de la page, 2^e ligne, au lieu de l'acceptant, lire : le *futur* acceptant.
- PAGE 202. — 3^e alinéa de la page, 3^e et 4^e lignes, au lieu de devrait lui arriver, lire : devrait arriver *au pollicitant*.
- PAGE 335. — 27^e ligne, au lieu de : « pour que la donation de meubles ait effet à l'égard des tiers », lire : « pour que la donation *d'immeubles* ».
-

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1
§ 1. — Importance et actualité de la question.....	1
§ 2. — Bibliographie.	5
§ 3. — Nature du contrat par correspondance.....	7

PREMIÈRE PARTIE. — Historique des Contrats par correspondance

I. — Contrats par correspondance en Droit romain.....	13
CHAPITRE PREMIER. — <i>Première époque. — Impossibilité de contracter par correspondance.....</i>	<i>13</i>
CHAPITRE II. — <i>Apparition du contrat par correspondance.....</i>	<i>25</i>
CHAPITRE III. — <i>Nature et forme du contrat par correspondance à Rome.....</i>	<i>34</i>
SECTION PREMIÈRE. — Histoire de la Poste romaine. (Lettre).....	34
SECTION II. — Formation du contrat par correspondance. (Consentement).....	42
SECTION III. — Des contrats possibles entre absents....	64
SECTION IV. — Force probante de la lettre. — Propriété. — Inviolabilité.....	85
II. — Contrats par correspondance dans notre ancien Droit (moyen âge).....	100
III. — Contrats par correspondance dans les temps modernes (fin du moyen âge, jusqu'à la Révolution).....	108

**DEUXIÈME PARTIE. — Contrats par correspondance
sous l'empire des lois qui nous gouvernent**

	Pages
CHAPITRE PREMIER. — <i>Causes de l'extension du contrat par correspondance à notre époque</i>	129
SECTION PREMIÈRE. — Œuvre de la Révolution.....	129
SECTION II. — Le commerce et le régime des postes depuis la Révolution. — Télégraphe. — Téléphone.....	131
SECTION III. — Le Code. — La jurisprudence.....	139
CHAPITRE II. — <i>Formation et preuve des contrats par correspondance</i>	161
SECTION PREMIÈRE. — Comment se forment les contrats par correspondance?.....	161
Sous-section première. — De l'offre.....	177
Sous-section II. — De l'acceptation.....	234
SECTION II. — Instant et lieu de la formation du contrat par correspondance.....	278
Sous-section première. — Intérêts de la controverse.....	284
Sous-section II. — Exposé des divers systèmes qu'a fait naître la question.....	297
Sous-section III. — Notre système (théorie de l'information)..	325
Sous-section IV. — Conséquences des divers systèmes, spécialement au point de vue de la faculté de rétractation.....	385
SECTION III. — Preuve des contrats par correspondance.....	397
CHAPITRE III. — Formes de la correspondance actuelle.....	435
SECTION PREMIÈRE. — Lettre missive.....	438
SECTION II. — Correspondance télégraphique.....	458
SECTION III. — Correspondance téléphonique.....	466
APPENDICE. — Le Contrat par correspondance dans l'avenir (une hypothèse)	479
ERRATA.....	485

